

**Die Verhütung
widersprechender Zivilurteile,
insbesondere durch den Gerichtsstand
des Sachzusammenhangs**

**Dissertation
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

**zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von**

**JOHANNES ERNST DOMENIG
von Tamins (Graubünden)**

**genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. M. Guldener**

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau 1954



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507224_0108

**Die Verhütung
widersprechender Zivilurteile,
insbesondere durch den Gerichtsstand
des Sachzusammenhangs**

Dissertation
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

JOHANNES ERNST DOMENIG
von Tamins (Graubünden)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. M. Guldener

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau 1954

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät
gestattet hiedurch die Drucklegung vorliegender Dissertation,
ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 20. Dezember 1952

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel



Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	VI
Vorwort	1

Erster Teil

Verhütung widersprechender Zivilurteile

1. Kapitel

Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten	3
I. Möglichkeiten der Mehrheit	3
II. Die Problemstellung	7

2. Kapitel

Der Streitgegenstand	10
I. Allgemeines	10
II. Anspruch und Prozeß	11
III. Streitgegenstand und Rechtsbehauptung	16
A) Die Rechtsbehauptung, Begriff	16
B) Die Individualisierung der Rechtsbehauptung	17
C) Mehrheit der Rechtsbehauptungen	20
D) Mehrheit von Klagegründen	21
1. Objektiver und subjektiver Klagegrund	21
2. Die Mehrheit von Klagegründen im besonderen	23
E) Einheit der Klagebegründung	24
IV. Die Identität zweier Streitgegenstände	25

3. Kapitel

Zusammenfassung mehrerer Prozesse mit mehreren Personen in einem Verfahren	27
I. Das Problem	27
II. Die notwendige Streitgenossenschaft	28
III. Zusammenlegung mehrerer Prozesse aus prozessualen Gründen	29
A) Die einfache Streitgenossenschaft	29
1. Konnexität der Klagegründe	30
2. Konnexität der Rechtsbehauptungen	31
3. Prozeßökonomie und widersprechende Urteile bei der einfachen Streitgenossenschaft	32
B) Die Nebenintervention	34

4. Kapitel

Die Rechtskraft	36
I. Die formelle Rechtskraft	36
II. Die materielle Rechtskraft	37
A) Das römische Recht	37
B) Die Entwicklung im gemeinen Recht	39
C) Die materiellrechtliche und die prozeßrechtliche Rechtskrafttheorie	40
D) Das Problem der widersprechenden Urteile in der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie	41
E) Das Problem der widersprechenden Urteile in der prozeßrechtlichen Rechtskrafttheorie	43
1. Die älteren Theorien	43
2. Die neuen Lehren	44
F) Die Rechtskraftwirkung bei identischen Prozessen	47
G) Die Rechtskraftwirkungen bei nicht identischen Prozessen	48
H) Weitere Folgerungen der prozessualen Rechtskrafttheorie	55
1. Gestaltungsklage und Rechtskraft	56
2. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft	58
3. Die Geltendmachung der materiellen Rechtskraft	60

5. Kapitel

Die Rechtshängigkeit	61
I. Begriff und allgemeine Wirkungen	61
II. Das Verbot Ne bis in idem als Wirkung der Rechtshängigkeit	62
A) Verhältnis zur Rechtskraft	62
B) Die Einrede der Rechtshängigkeit	63
C) Die Wirkung des Rechtshängigkeitsprinzips auf die mehreren Prozesse	66
III. Rechtshängigkeit und Identität der Prozesse	68
A) Identität der Parteien	68
B) Identität der Streitgegenstände	69
C) Identität der Rechtsschutzform	72
IV. Der Umfang des Rechtshängigkeitsprinzips	75
V. Rechtshängigkeit und widersprechende Urteile	76

6. Kapitel

Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs	78
I. Die Bedeutung des Sachzusammenhangs zwischen mehreren Prozessen	78
II. Der Begriff des Sachzusammenhangs	79
A) Konnexität der Parteien	79
B) Konnexität der Streitgegenstände	80
C) Konnexität der Rechtsschutzformen	81
D) Konnexität mehrerer Rechtsstreitigkeiten	81
III. Konnexität und Zuständigkeit: Gerichtsstand des Sachzusammenhangs	82
IV. Gerichtsstand des Sachzusammenhangs und Aussetzung des Verfahrens	85
V. Die Einrede der Konnexität	87

Zweiter Teil

Gerichtsstand und Einrede des Sachzusammenhangs in den einzelnen Prozeßordnungen

Erster Abschnitt

Darstellung außerschweizerischer Prozeßordnungen	92
--	----

1. Kapitel

Das französische Prozeßrecht	94
I. Grundzüge	94
II. Die Verteidigungsmittel im allgemeinen	95
III. Die Einrede der Rechtshängigkeit	97
IV. Der Gerichtsstand und die Einrede des Sachzusammenhangs	102
A) Die Bestimmung des Begriffs der Konnexität	102
B) Gerichtsstand der Konnexität	108
C) Einrede der Konnexität	112
V. Règlement des Juges	114
VI. Zusammenfassung und Folgerungen	116

2. Kapitel

Der gemeine Prozeß	117
I. Einleitung	117
II. Die geschichtliche Entwicklung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs	118
III. Der Begriff der Konnexität	124
IV. Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs im besonderen	126
V. Der Umfang des forum connexitatis causarum	129
VI. Die Geltendmachung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs und die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen	133

Zweiter Abschnitt

Das Prozeßrecht der Schweiz	135
---------------------------------------	-----

3. Kapitel

Die kantonalen Prozeßordnungen	135
I. Die welschen Kantone	136
II. Die deutschschweizerischen Kantone	146

4. Kapitel

Prozeßrechtliche Vorschriften des Bundes	153
I. Das Verfahren vor Bundesgericht	153
II. Bundesrechtliche Vorschriften über das Verfahren vor kantonalen Gerichten	154
A) Der Scheidungsgerichtsstand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	156
B) Der Gerichtsstand der Vaterschaftsklage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	158
Schlußfolgerungen für das schweizerische Prozeßrecht	160

Literaturverzeichnis

- Albrecht, J.A.*: Die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses, München 1835.
- Bayer, H.*: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, München 1842.
- Bettermann, K.A.*: Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform, in Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 16, Berlin 1948.
- Binder, J.*: Prozeß und Recht, Leipzig 1927.
- Bötticher, E.*: Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930.
- Boitard J.-E.*: Leçons de Procédure civile, 2 Bde. 15. Aufl. Paris 1890.
- Boncenne-Bourbeau*: Théorie de la Procédure civile, Paris 1937.
- Bonnard, C.*: De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, Diss. Lausanne 1948.
- Brackenhoeft, T.*: Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse, Göttingen 1839.
- Brumann, M.*: Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, Diss. Zürich 1928.
- Bülow, O.*: Die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen und die Prozeßreden, Gießen, 1868.
- – Absolute Rechtskraft, in Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 83 S. 1.
- Burckhardt, W.*: Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939.
- – Organisation der Rechtsgemeinschaft, Basel 1927.
- – Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. Bern 1931.
- Carré, G.L.J.*: Les lois de la Procédure civile, 3 Bde. Paris 1829.
- Coester, R.*: Die Rechtskraft der Staatsakte, München und Leipzig, 1927.
- Degenkolb, H.*: Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig 1877.
- Dölle, H.*: Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 62, S. 281.
- Erni, P.*: Klageänderung im Luzerner Zivilprozeßrecht, Diss. Zürich 1941, Manuskript.
- Etter, E.*: Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid, Diss. Zürich 1926.
- Favey, J.*: Code de procédure civile vaudois annoté, Lausanne 1931.
- Fischer, O.*: Das Problem der Identität und der Neuheit, in Breslauer Festgabe für R. von Jhering, Breslau 1892.
- Flepp, J.*: Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Diss. Zürich 1945.
- Garsonnet et César-Bru*: Traité théorique et pratique de Procédure civile et commerciale, 3 Bde. 3. Aufl. Paris 1912.
- Gensler, J.C.*: Vollständiger Kommentar in fortlaufenden Diktaten zu Martin's Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, 4. Aufl. Heidelberg 1825.
- Glasson-Tissier*: Traité théorique et pratique d'Organisation judiciaire, de Compétence et de Procédure civile, 5 Bde. 3. Aufl. Paris 1925.
- Goldschmidt, J.*: Zivilprozeßrecht, in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Bd. 17, Berlin 1929.

- - Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925.
- Guldener, M.*: Das schweizerische Zivilprozeßrecht 2 Bde., Zürich 1947/1948.
- - Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, Zürich 1951.
- - Die Wirkungen von Urteilen über den Personenstand gegenüber Dritten, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Bd. 69, Heft 5
- - Die Beiladung, insbesondere im Bundeszivilprozeß, in Festschrift für H. Fritzsche, Zürich 1952.
- Hellwig, K.*: System des deutschen Zivilprozesses, 2 Bde. Leipzig 1912/1919.
- - Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 2 Bde. Leipzig 1907.
- Heusler, A.*: Der Zivilprozeß der Schweiz, in Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten, Bd. 1. Berlin, Mannheim und Leipzig, 1923.
- Heußner, J.*: Klageänderung im schweizerischen Zivilprozeßrecht, Diss. Zürich 1924.
- Hochuli, W.*: Die Begründung der Klage, Diss. Zürich 1942.
- Kälin, F.*: Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernisse im schwyzerischen Zivilprozeßrecht, Diss. Freiburg 1949.
- Keller und Pfisterer*: Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, Aarau 1947.
- Kirsch, N.*: Die Hauptintervention, Diss. Zürich 1935.
- Kleinfeller, G.*: Das Wesen der Rechtshängigkeit, in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 55 S. 193 und Bd. 56 S. 129.
- Kohler, J.*: Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888.
- Lent, F.*: Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeß, 2 Bde. Leipzig 1912/1916.
- - Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, in Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß, Bd. 61 S. 279.
- Leuch, G.*: Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 2. Aufl. Bern 1937.
- - Klageänderung, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Bd. 55 S. 201.
- Linde, J. T. B.*: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, 5. Aufl. Bonn 1838.
- Lotz, J. F. E.*: Civilistische Abhandlungen, No. V, Coburg und Leipzig 1820.
- Lutz, O.*: Gesetz über die Zivilrechtspflege, Kommentar, St. Gallen 1946.
- Martin, Ch.*: Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, 13. Aufl. Leipzig und Heidelberg, 1862.
- Mittermaier, K. J. A.*: Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem französischen Civilverfahren, 4 Bde. 1820.
- - Über das forum continentiae causarum, in Archiv für civilistische Praxis, Bd. 2 S. 141.
- Morel, R.*: Traité élémentaire de Procédure civile, 2. Aufl. Paris 1949.
- Nikisch, A.*: Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, Tübingen 1935.
- Osterloh, R.*: Der ordentliche bürgerliche Prozeß nach königlich sächsischem Rechte, 3. Aufl. Leipzig 1851.
- Pagenstecher, M.*: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1930.
- Perrot, R.*: Loi de la Procédure civile genevoise annotée, Genf 1939.
- Petschek, G.*: Der Rechtsschutzkonflikt, in Festschrift für R. Schmidt, Leipzig 1936.
- Pillichody, H.*: Bernischer Zivilprozeß, Bern 1907.

- Planck, J.W.*: Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht, Göttingen 1844.
- – Zur Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen, in *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetz und Rechtssprechung*, Bd. 9 S. 161.
- Popper, S.*: Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit nach zürcherischem Zivilprozeßrecht, Diss. Zürich 1920.
- Puchta, G.F.*: Pandekten, 12. Aufl. Leipzig 1877.
- Renaud, A.*: Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozeßrechts, 2. Aufl. Leipzig 1873.
- Robinow, J.*: Zur Lehre vom Streitgegenstand, Diss. Hamburg 1934.
- Rosenberg, L.*: Zivilprozeßrecht, 5. Aufl. München 1951.
- – Zur Lehre vom Streitgegenstand, in *Festschrift für R. Schmidt*, Leipzig 1936.
- Roussel, J.*: Des clauses attributives de compétence, Diss. Lille 1933.
- Sauer, W.*: Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919.
- – Die materielle Rechtskraft des Zivil- und Strafurteils, in *Festschrift für R. Schmidt*, Leipzig 1936.
- Schauwecker, H.*: Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozeßrecht, Diss. Zürich 1943.
- Schmidt, R.*: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 2. Aufl. Leipzig 1906.
- Schnek, F.*: Der Adhäsionsprozeß nach österreichischem Recht, Wien 1928.
- Schnell, S.L.*: Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen, Bern 1822.
- Schurter und Fritzsche*: Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, 2 Bde. Zürich 1924–1933.
- Schwartz, J.C.*: Absolute Rechtskraft und heutiges Deutsches Recht, in *Berliner Festgabe für Dernburg*, Berlin 1900.
- Stauffer, W.*: Der Ehescheidungsgerichtsstand, Diss. Bern 1922.
- Stein-Jonas*: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 17. Aufl. 2 Bde. Tübingen 1949/1951.
- Stöckling K.*: Die prozessualen Vorfragen im St. Galler Zivilprozeß, Diss. Zürich 1942. Manuskript.
- Sträuli-Hauser*: Gesetze über die zürcherische Rechtspflege, 2. Aufl. 2 Bde. Zürich 1935–1939.
- Strippelmann, F.G.L.*: Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen, sechster Teil, Kassel 1852.
- Teitler, J.*: Grundzüge des St. Gallischen Zivilprozeßrechts, Diss. Bern 1932.
- Troller, A.*: Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Basel 1945.
- Wach, A.*: Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Band, Leipzig 1885.
- Weiß, Th.*: Die Behandlung connexer Civil- und Strafsachen in der schweizerischen Prozeßgesetzgebung, Diss. Zürich 1893.
- Wetzell, G.W.*: System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl. Leipzig 1878.
- Windscheid, B.*: Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Bde. 9. Aufl. Frankfurt 1906.
- – Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856.

Vorwort

Es soll in der vorliegenden Arbeit versucht werden, die mannigfachen Zusammenhänge, die mehrere Zivilrechtsstreitigkeiten in ihrem gegenseitigen prozessualen Verhältnis zu äußern vermögen, aufzuzeigen. Dabei sollen nicht jene Probleme, die das Verhältnis mehrerer Gerichte verschiedener Instanzen, die einen oder mehrere verwandte Rechtsstreitigkeiten nacheinander (im Rechtsmittelweg) zu beurteilen haben, betreffen, zur Diskussion stehen. Es wird vielmehr zu erörtern sein, wie mehrere Rechtsstreitigkeiten, die vor Gerichten gleicher Instanz zur Verhandlung kommen, aufeinander einzuwirken vermögen. Ein Gleiches wurde etwa für die Beziehungen zwischen einem Strafprozeß und einem Zivilverfahren unternommen – es sei nur an das Problem des Adhäsionsprozesses erinnert¹ – ebenso wurden etwa die Einflüsse eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens auf einen Zivilprozeß und umgekehrt unter dem Gesichtspunkt der Urteilsgeltung untersucht. Die Zusammenhänge, die hier aber dargestellt werden sollen, wurden wohl anhand einzelner Prozeßinstitute aufgezeigt², allein es fehlt an einer zusammenfassenden Übersicht für die moderne Zeit.

Im letzten Jahrhundert gab Planck eine eingehende Schau dieser Probleme in seinem Werk «Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten»³, doch haben sich seit jener Zeit die Anschauungen über die Grundlagen des Prozeßrechtes wie auch die Ausgestaltung der Prozeßgesetze doch soweit geändert, daß manches damals Gesagte einer Überprüfung und einer Neufassung bedarf.

Wenn dabei im wesentlichen rein theoretische Probleme des Prozeßrechtes zur Darstellung gelangen werden, so soll doch auch das gesetzte Prozeßrecht bei der Lösung der zu behandelnden Fragen zu Rate gezogen und soweit dies angeht kritisch gewürdigt werden.

Aus der gesamthaften Darstellung der Möglichkeiten mehrerer Prozesse und ihrer gegenseitigen Beziehungen heraus wird in einem

¹ Th. Weiß, Behandlung connexer Civil- und Strafsachen. F. Schnek, Der Adhäsionsprozeß nach österreichischem Recht.

² S. Popper, Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit. M. Guldener, Die Beiladung, insbesondere im Bundeszivilprozeß. K. A. Bettermann, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform.

³ J. W. Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten.

zweiten Teil dieser Arbeit ein Prozeßinstitut dargelegt werden, das u. E. verdient, im schweizerischen Prozeßrecht vermehrte Beachtung zu finden. Dabei werden rechtsvergleichend einige ausländische Prozeßrechte zur historischen Entwicklung und zur Begründung dieses Prozeßinstitutes – des Gerichtsstandes des Sachzusammenhanges – herangezogen werden müssen.

Leitend werden für die Betrachtung der Beziehungen mehrerer Zivilrechtsstreitigkeiten zwei Grundgedanken sein: Einmal ist dies die Verhütung widersprechender Zivilurteile. Wenn nämlich mehrere Prozesse vor verschiedenen Gerichten derart unter sich in Beziehung stehen, daß die Entscheidung über den einen Prozeß mit der Entscheidung im andern Prozeß in Konflikt geraten kann, weil über gleiche Rechtsfragen verschieden geurteilt werden könnte, dann soll das Prozeßrecht Mittel und Rechtsbehelfe aufzeigen, die diese Widersprüche zu verhindern mögen. Der zweite Leitgedanke ist die Prozeßökonomie. Wo immer möglich sollte in einem einzigen Prozeß über möglichst viele der strittigen Rechtsfragen entschieden werden, falls diese Rechtsfragen unter sich in Abhängigkeit oder naher Verwandtschaft stehen. Wie weit eine Zusammenfassung solcher Rechtsstreitigkeiten in einem Verfahren nun aber tunlich scheint, ohne daß der Prozeß an Übersichtlichkeit und Klarheit verliert, ist eine Frage, die sich nicht mit einer generellen Formel beantworten lassen wird. Man wird sich hier damit begnügen müssen, Richtlinien aufzuzeigen, eine sichere Lösung kann nur das einzelne Prozeßgesetz selbst bieten.

Die Anregung zu dieser Arbeit verdanke ich Herrn Prof. Dr. M. Guldener. Es möge gestattet sein, Herrn Prof. Dr. M. Guldener an dieser Stelle meinen tiefen Dank auszusprechen für die grundlegenden Gedanken und die stete Hilfsbereitschaft, mit Rat und Tat die vorliegende Arbeit zu fördern, zu danken auch für die freundliche Anteilnahme, die ich während meiner ganzen Studienzeit von ihm erfahren durfte.

Johannes Ernst Domenig

I. Teil

Verhütung widersprechender Zivilurteile

1. Kapitel

Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten

I. Möglichkeiten der Mehrheit

Drei Merkmale sind es, die die Grundstruktur eines Zivilprozesses – und nur von Zivilprozessen ist ja in unserer Arbeit die Rede – in abstracto kennzeichnen: Es ist ein Rechtsstreit zwischen zwei Parteien, ein Rechtsstreit vor einem Richter – dem Richter des zuständigen Gerichts – und ein Rechtsstreit, der in einem bestimmt geregelten Verfahren zu einem gewissen Zeitpunkt ausgetragen und entschieden wird, derart⁴, daß das Urteil für alle Zeiten zwischen den Parteien die Rechtslage über die umstrittenen Fragen festlegt.

Auf Grund dieser drei Elemente des Zivilprozesses können sich die Beziehungen ergeben, die zwischen mehreren Prozessen Bande der Abhängigkeit und der Verwandtschaft begründen. Demnach stellt sich prinzipiell eine Dreiheit dieser Beziehungen dar:

1. Es treten mehrere Personen, die unter sich in Zusammenhang stehen, in mehreren Prozessen auf. Das bedeutet, es klagen mehrere Kläger gegen einen Beklagten gleichzeitig, es klagt ein Kläger gegen mehrere Beklagte, oder es klagen mehrere Kläger gegen mehrere Beklagte.
2. Der Streitgegenstand (oder wenigstens einzelne seiner Teile) wird vor mehreren Gerichten gleichzeitig zur Beurteilung gestellt.
3. Der Streitgegenstand (oder einzelne seiner Teile) wird nacheinander mehrmals zur Beurteilung gestellt⁵.

Es ist zu den einzelnen Punkten folgendes zu bemerken:

1. Das materielle Recht kennt eine Reihe von Rechtsverhältnissen, aus denen nicht nur zwei Personen, sondern eine Mehrheit von Rechts-

⁴ J. Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 101.

⁵ Dies kann vor verschiedenen Gerichten oder auch an jenem Gericht, das bereits den ersten Prozeß entschied, der Fall sein.

subjekten berechtigt und verpflichtet werden. Diesen Gegebenheiten muß das Prozeßrecht Rechnung tragen. Sodann zwingen auch Gründe des Prozeßrechts des öftern zu Prozeßverfahren, an denen eine Mehrheit von Personen teilnimmt. Doch seinem innersten Gefüge nach ist der Prozeß ein duales Gebilde, ein Klagen und Gegenklagen, ein Fordern und Bestreiten zwischen zwei Personen; er ist ein Streit zwischen zwei Parteien, den ein Dritter, der Richter, nach Anhören der Anträge und Gegenanträge, der Einreden und Widerreden, der Replik und Duplik und der Beweise und Gegenbeweise auf den Gehalt an objektiver Wahrheit hin überprüft und durch sein rechtsprechendes Urteil entscheidet⁶.

Stellt man sich etwa einen Rechtsstreit vor, in dem beliebig viele Parteien auftreten, deren Ansprüche sich mit Ansprüchen, Behauptungen sich mit Gegenbehauptungen kreuzen, bald überdecken und bald sich widersprechen, so wird klar, daß ein derart verworrenes Prozeßgebilde unmöglich mehr eine klare, eindeutige oder auch nur rasche Entscheidung erlaubt. Es wäre demnach das einfachste, jeden Prozeß auf bloß zwei streitende Personen zu beschränken, bei einem Rechtsverhältnis etwa, das mehrere Berechtigte und Verpflichtete voraussetzt, jeden Berechtigten zu einer Klage in einem selbständigen Prozeß gegen jeden Verpflichteten zu zwingen. Soviele Ansprüche – soviele Prozesse! Dem stehen nun aber zwei Hindernisse im Wege. Einmal bestimmt schon das materielle Recht für die meisten Rechtsverhältnisse, die eine Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten aufweisen, daß nur die Berechtigten gemeinsam gegen den Verpflichteten klagen können oder daß der Berechtigte die Verpflichteten nur gemeinsam belangen kann. Die Ausübung des Rechts muß jeweils notwendigerweise durch alle Berechtigten gemeinsam erfolgen oder alle Verpflichteten stehen für ihre Schuld nur gemeinsam ein⁷.

Es ist aber hier zu bemerken, daß in der Regel doch nur zwei Parteien in einem Prozeß sich gegenüber stehen; und wenn auch eine Partei jeweils aus einer Mehrheit von Personen besteht, so sind doch deren Ansprüche an die andere Partei in einer einheitlichen Rechtsbehauptung zusammengefaßt. Es bleibt also doch ein Element der Dualität erhalten, obwohl in den einzelnen Einreden, in den Beweis-

⁶ J. Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 102 f.

⁷ Dies ist der Fall der notwendigen Streitgenossenschaft.

mitteln vor allem der mehreren Personen Verschiedenheiten und gar Gegensätze denkbar sind⁸.

Oftmals bedingt aber auch das Prozeßrecht mehr oder weniger notwendigerweise eine Mehrheit von Personen in einem Prozeß, die auch eine Mehrheit von Parteien darstellen können.

a) Ein Grund dafür ist das Bestreben, rasche, billige und umfassende Mittel der Rechtsverfolgung zu schaffen. Der Satz «Soviele Ansprüche – soviele Prozesse» wird daher unter dem Gesichtspunkt der Prozeßökonomie geändert werden müssen: Mehrere Ansprüche mehrerer Personen, die unter sich in Zusammenhang stehen, sollen in so wenig Prozessen, als die Übersichtlichkeit des Verfahrens und das Rechtsschutzbedürfnis der Parteien erlauben, verhandelt werden. Die Interessensabwägung, die das Maß der Vereinigung mehrerer Rechtsstreitigkeiten bestimmt, wird von jedem Prozeßrecht selbstständig getroffen werden; wir werden nur allgemeine Richtlinien in unserer Arbeit hervorheben können.

b) Bei weitem zwingender ist die an jede Prozeßordnung zu stellende Forderung, widersprechende Urteile zu verhüten. Unter diesem Gesichtspunkt werden wir unsere ganze Arbeit im wesentlichen betrachten. Die Vermeidung von widersprechenden Urteilen nötigt zu einer Mehrheit von Klägern oder Beklagten in einem Prozeß in allen jenen Fällen, in denen eine getrennte Verhandlung der verschiedenen Ansprüche und Behauptungen zu Urteilen führen kann, die gleiche oder zusammenhängende Rechtsverhältnisse unter den mehreren Personen entscheiden⁹.

2. Neben dem praktisch fast ausgeschlossenen Fall, daß eine Partei den gleichen Rechtsstreit zweimal am gleichen Gericht anbringt, in der Hoffnung, wenigstens ein günstiges Urteil zu erlangen, kann ein Nebeneinander des gleichen Prozesses zwischen den gleichen beiden Parteien vor mehreren Gerichten häufiger bei vom Prozeßrecht vorgesehenen elektiven Gerichtsständen eintreten, dann also, wenn dem Kläger die Wahl zwischen mehreren zuständigen Gerichten gelassen wird. Derartige Möglichkeiten ergeben sich besonders oft im zwischen-

⁸ Jeder der mehreren Beklagten kann beispielsweise besondere Einreden erheben, die ihm persönlich gegen den Kläger zustehen. Oder es kann der Kläger gegen jeden der Beklagten verschieden hohe Ansprüche geltend machen, z.B. bei der Partialschuld, falls nicht Kopfteile geschuldet sind.

⁹ Einer der berechtigten Personen wird ein günstiges Urteil zuteil, dessen Rechtskraft nur inter partes wirkt, ein anderer Berechtigter wird aber abgewiesen.

staatlichen Prozeßrecht, sei es im interkantonalen oder internationalen Verhältnis. Grund für die elektiven Gerichtsstände ist hauptsächlich das Bestreben, vollständigen Rechtsschutz zu gewähren; es soll jedes mögliche Rechtsschutzinteresse einer Person gegen jede andere Person an einem dienlichen Gerichtsstand geltend gemacht werden können¹⁰. Mehrere gleiche Prozesse zwischen den gleichen Parteien sind dann auch in jenem Sinne möglich, daß ein Kläger jemanden bei einem Gerichte einklagt – zum Beispiel an dessen ordentlichem Gerichtsstand des Wohnortes –, und dieser Beklagte seinerseits bei einem andern Gericht – zum Beispiel am ordentlichen Gerichtsstand des Erstklägers – Klage gegen den Erstkläger erhebt¹¹. Auch hier gilt es, Vorkehren zu treffen, daß nicht beide Prozesse gleichzeitig geführt werden, ist doch die Möglichkeit gegeben, daß im einen Prozeß der Beklagte Recht erhält, er aber, als Kläger nun, im zweiten unterliegt.

Etwas weniger eindrücklich, doch ebenfalls vom Prozeßrecht zu berücksichtigen, sind jene Fälle, in denen die beiden Prozesse, die Kläger und Beklagter gleichzeitig gegeneinander führen, sei es nun unter Beibehaltung oder Vertauschung der Parteirollen, nicht identisch in ihren Rechtsbehauptungen, Anträgen und Klagegründen sind, wohl aber ihrem Prozeßstoff nach soweit verwandt erscheinen – wir brauchen bewußt diesen vorläufigen und unbestimmten Ausdruck –, daß widersprechende Urteile zum mindesten über Teile der Rechtsbehauptungen möglich sind.

Es macht den Anschein, als ob diese Abgrenzung zwischen identischen und bloß verwandten Prozeßgegenständen bei mehreren Prozessen nicht sehr bedeutsam sei, als ob es sich um eine bloß begriffliche Unterscheidung um der Unterscheidung willen handle; eine einläßliche Behandlung wird aber zeigen, daß hier die Interessensabwägung, die hier in gleichem Sinne wie bei den oben (S. 5) erwähnten Problemen zu treffen ist – die Abwägung also der staatlichen Interessen auf Verhütung widersprechender Urteile einerseits und der privaten Interessen auf möglichst umfassenden Rechtsschutz andererseits –, gewichtige Verschiedenartigkeiten aufweist, die grund-

¹⁰ z.B. wird bei der Vaterschaftsklage (Art. 312 ZGB) der Mutter und dem außer-ehelichen Kinde die Wahl zwischen dem Gericht am Wohnort des Vaters oder dem Gericht des eigenen Wohnsitzes gelassen.

¹¹ Voraussetzung ist, daß die gegenseitigen Rechtsbehauptungen, über die entschieden werden soll, identisch sind. Vgl. unten S. 68 ff.

sätzliche andere prozessuale Behandlung der erwähnten Fälle fordern.

3. Auch die Möglichkeit endlich, daß eine Partei, der in einem Urteil Recht gesprochen wurde, sich mit dem Richterspruch nicht zufrieden geben und ihre Sache nachträglich nochmals bei Gericht vortragen will, ist zu bedenken. Soweit das Prozeßrecht eine nochmalige Überprüfung zulassen will, dienen die Rechtsmittel, sowohl die ordentlichen als auch die außerordentlichen, diesem Partei-bedürfnis. Es sollen die Parteien jeweils an ein bestimmtes Gericht mit ihrem Rechtsbegehren gelangen können; eine beliebige Wiederholung des Prozesses bei beliebigen Gerichten der gleichen oder übergeordneten Instanz aber soll nicht erlaubt sein. Die Durchsetzung dieser Forderungen wird einmal durch den eindeutig bestimmten Instanzenzug und durch die genaue Festlegung der erlaubten Rechtsmittel gegeben; anderseits muß aber ein prozessuales Mittel aufgestellt werden, das eine Wiederholung des Prozesses außerhalb des Instanzenzugs der Rechtsmittel unterbindet.

Eine weitere Möglichkeit, daß ein bereits entschiedener Prozeß auf einen neuen Rechtsstreit Einfluß haben kann, besteht darin, daß der erste Prozeß über einen Antrag Recht sprach, der im späteren Prozeß wieder eine Rolle spielt, indem er die Voraussetzung oder aber bloßes Beweismittel für die neuen Anträge und Rechtsbehauptungen ist.

II. Die Problemstellungen

Wie wir aus den Möglichkeiten von mehreren Rechtsstreitigkeiten, die aufeinander Einfluß nehmen, erkannt haben, stellen sich drei Problemkreise.

Eine Mehrheit von Personen kann im gleichen oder in verwandten Prozessen auftreten, sei es, weil das materielle Recht dies nötig macht, sei es, weil prozessuale Erfordernisse dazu zwingen. Dazu dienen die Streitgenossenschaft, die Klagehäufung, die Intervention und die einigen Prozeßrechten bekannte Beiladung.

Ein Nebeneinander von identischen und verwandten mehreren Rechtsstreitigkeiten zwischen den gleichen Parteien bei verschiedenen Gerichten muß so weit als möglich vermieden werden. Dies ist das Problem der Rechtshängigkeit, der Widerklage, der Trennung von Prozessen und des Gerichtsstands des Sachzusammenhangs.

Entschiedene Prozesse sollen nach Erledigung des Instanzenzugs nicht mehr neu zur Beurteilung gestellt werden können (wir sehen ab von den außerordentlichen Rechtsmitteln), doch können sie bei späteren Rechtsstreitigkeiten noch gewisse Einflüsse zeigen. Diese Aufgabe kommt der Rechtskraft zu.

Allen drei Fragen gemeinsam ist die grundlegende Interessenabwägung, die das Prozeßrecht zwischen der Gewährung umfassenden Rechtsschutzes und der Verhütung widersprechender Urteile und der Forderung nach Prozeßökonomie zu treffen hat. Diese Frage bedarf einer ersten, allgemeinen Betrachtung.

Der Zivilprozeß, der nicht nur zur Durchsetzung des materiellen Rechts dient, sondern «Hüter der Rechtsordnung» ganz allgemein sein soll¹², muß jedem möglichen Rechtsschutzinteresse der Privaten Rechnung tragen. Indessen muß ein solches doch als Voraussetzung des Prozesses gegeben sein¹³, die staatliche Hilfe darf nicht mißbraucht werden um des bloßen Prozessierens willen. Auch werden immer wieder einzelne Verfahrensregeln diesem Rechtsschutzinteresse gewisse Grenzen zu setzen haben, sei es, indem die Trölererei an sich unterbunden wird, sei es, indem zu Gunsten einer besseren Verfahrensökonomie den Parteien gewisse Einschränkungen und Regeln auferlegt werden. Beispiele dafür sind etwa das Aufstellen von Fristen, aber auch Prinzipien wie das der Eventualmaxime, die im gemeinen Recht und im germanischen Verfahren weite Verbreitung fand. Sie zwang den Beklagten unter der Drohung des Ausschlusses, alle seine Verteidigungsmittel gleichzeitig bei der Klagebeantwortung vorzubringen; ja, in gewissen Fällen war das nachträgliche Einbringen von Einreden nicht gestattet, auch wenn ihr Grund zur Zeit der Klagebeantwortung noch gar nicht vorlag.

Unter ähnlichen Gesichtspunkten muß die Regelung der Gerichtsstandfragen, um die es uns ja in der Hauptsache geht, betrachtet werden. Sehr wohl begründet ist das Interesse des Beklagten, nur an seinem ordentlichen Gerichtsstand des Wohnortes dem Kläger Rede stehen zu müssen. Dieser Grundsatz hat für persönliche Ansprüche in der Bundesverfassung Art. 59 Aufnahme gefunden; er bedarf hier keiner weiteren Begründung. Stehen jedoch diesem

¹² A. Troller, Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, S. 12.
W. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 282 f.

¹³ M. Guldener, Das Schweizerische Zivilprozeßrecht, Bd. 1. S. 147.

Anspruch auf den ordentlichen Gerichtsstand Gründe der Prozeß-ökonomie entgegen, wie etwa bei Prozessen über Grundstücke, die der Richter am Orte der gelegenen Sache einfacher, schneller und vielleicht auch richtiger zu beurteilen vermag, so weicht der ordentliche Gerichtsstand ohne weiteres dem ausschließlichen besonderen Gerichtsstand (z.B. der gelegenen Sache). Um so eher muß auch eine Ausnahme vom ordentlichen Gerichtsstand möglich sein, wenn widersprechende Urteile drohen. Der staatlichen Rechtsschutzaufgabe, deren erste Forderung die Rechtssicherheit ist, muß es zukommen, zu verhindern, daß zwei rechtskräftig entschiedene Urteile deshalb nicht vollstreckt werden können, weil sie einander ausschließen, indem sie gegensätzliche Entscheidungen treffen. Keinesfalls dürfte etwa nach dem Grundsatz der Priorität dasjenige Urteil vollstreckt werden, das zuerst in Rechtskraft erwachsen ist, wobei dann das zweite Urteil als ungültig erklärt werden müßte. Denn einmal ist kein Zweifel daran möglich, daß auch das zweite Urteil voll gültig ist, fehlt es ihm doch an keinerlei Zulässigkeitsbedingungen, noch leidet es an Nichtigkeitsgründen¹⁴. Auch ist gewiß, daß von zwei gegensätzlichen Urteilen nur eines richtig sein kann, daß dies aber das erstergangene sein soll, entbehrt jeder Begründung. Es müßte vielmehr der Richter in einem neuen Verfahren vor einem anderen Gericht, sei es gleicher oder übergeordneter Instanz, das Verfahren nochmals an die Hand nehmen, sein Urteil könnte dann den Vorrang des einen oder des andern Urteils feststellen. Hier ist nun aber doch leicht zu erkennen, daß es vernünftigerweise sowohl den Parteien als auch dem staatlichen Ansehen dienlicher und förderlicher ist, von vorneherein dafür zu sorgen, daß widersprechende Urteile vermieden werden. Wenn also das Prozeßrecht Vorkehren hiezu trifft, so kann es ohne weiteres auch die an sich berechtigten Rechtsschutzinteressen der Parteien im erforderlichen Maße eingrenzen¹⁵.

¹⁴ Insbesondere liegt also weder beim ersten noch beim zweiten Urteil ein fehlerhafter Verwaltungsakt vor, dem die vollstreckende Behörde wegen Nichtigkeit die Gültigkeit absprechen könnte. Vgl. *Böttcher*, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, S. 153 f.

¹⁵ Das Problem der widersprechenden Urteile hat besondere Beachtung bei *Böttcher*, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, gefunden. Vgl. auch *G. Petschek*, Der Rechtsschutzkonflikt.

Der Streitgegenstand

I. Allgemeines

Vorgängig der Behandlung der Institute der Streitgenossenschaft, der Klagehäufung und der Intervention einerseits, der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft anderseits müssen wir uns doch der Bestimmung dessen zuwenden, um das der Rechtsstreit geht. Es ist einleuchtend, daß für jede Frage, die sich der Beziehungen mehrerer Prozesse untereinander zuwenden will, vorerst festgelegt sein muß, an welchem Element des Prozesses denn diese Beziehungen gemessen werden sollen.

Wenn sich zwar beispielsweise bei dem Prinzip der Rechtskraft die Frage nach dem Streitgegenstand noch nicht als im Zentrum stehend erweist, so wird die Bedeutung des Streitgegenstandes doch bei der Wirkung zweier gleichzeitig hängiger Prozesse (beim Rechtshängigkeitsprinzip also) ausschlaggebend. Wenn sich nämlich bei der Rechtskraft die Frage nach ihrem Umfange stellt, damit in einem späteren Prozesse die Möglichkeit nochmaliger Beurteilung bereits entschiedener Streitfragen ausgeschlossen werde, so kann das erstergangene Urteil ohne weiteres zum Ausgangspunkt genommen werden. An ihm wird zu ermesen sein, ob der neue Prozeß bereits entschiedene Rechtsfragen wiederum zur Entscheidung stelle oder nicht. Anders bei der Rechtshängigkeit. Hier kann nicht ein feststehendes Urteil zum Maßstab der Prüfung der Identität eines neu eingebrachten Streitgegenstandes dienen. Es stehen beide Streitgegenstände ja erst noch in der Schwebe. Der eine Streitgegenstand muß am anderen überprüft und gemessen werden. Für die Verhütung widersprüchlicher Urteile muß die Erwägung maßgebend sein, ob und in welchem Maße die beiden Streitgegenstände miteinander identisch sind¹. Daraus erhellt die Notwendigkeit der begrifflichen Festlegung des Streitgegenstandes.

¹ Auf diese Unterschiede zwischen Rechtskraftwirkung und Rechtshängigkeitswirkung werden wir noch zurückkommen, vgl. unten S. 69 ff.

II. Anspruch und Prozeß

Dem römischen Recht war eine eindeutige Beziehung zwischen subjektivem Recht und dessen Geltendmachung im Prozeß eigen. Jedem subjektiven Recht entsprach eine besondere actio zu seiner prozessualen Verfolgung². Anspruch und Prozeßgegenstand waren identisch. Diese Lehre vom actionenrechtlichen oder, wie es etwa auch genannt wird, zivilistischen Klagerecht als Akzessorium zum subjektiven Privatrecht übernahm auch das gemeine Recht, allerdings nur unter Aufgabe des ursprünglichen römisch-rechtlichen Gedankens, daß durch die Litiskontestation das Klagerecht untergehe, indem es sich zum öffentlich-rechtlichen Anspruch auf das *condemnari oportere*, auf die Verurteilung des Beklagten wandle³.

Mit Bülow's Werk über die Prozeßeinreden⁴ begann man sich von dieser Auffassung der Priorität des materiellen Anspruchs und des diesen bloß begleitenden Klagerechts abzuwenden. Bülow erkannte, daß das Prozeßrecht nicht nur den Inbegriff der Verfahrensnormen darstellt, die der Durchsetzung des gegebenen materiellen Rechts dienen, und er wies, in dem er den Prozeß als Rechtsverhältnis eigener Natur darstellte, dessen Eigengesetzlichkeiten und dessen Unabhängigkeit von der monistischen Auffassung des römischen und gemeinen Rechts in den Beziehungen zwischen materiellem und prozessualem Recht auf. Erst damit konnte beispielsweise die negative Feststellungsklage, der ja kein materiellrechtlicher Anspruch zugrunde liegt, Raum gewinnen. In der Folge wurde, besonders von Degenkolb⁵ und Wach⁶, der Unterschied zwischen materiellem Anspruch und Klagerecht weiter hervorgehoben, sie entwickelten die Lehre vom sogenannten publizistischen Klagerecht. Darin wurde ein Anspruch der Parteien gegenüber dem Staate gesehen, durch gerichtliche Beurteilung das materielle Recht zu schützen. Goldschmidt⁷ geht noch einen Schritt weiter und erklärt das Prozeß-

² *G.F. Puchta*, Pandekten, § 81, S. 125. Vgl. auch *Binder*, Prozeß und Recht, S. 1 ff.

³ *Kohler*, a.a.O. S. 98.

⁴ *O. Bülow*, Die Lehren von den Prozeßvoraussetzungen und die Prozeßeinreden.

⁵ *Degenkolb*, Einlassungszwang und Urteilsnorm.

⁶ *A. Wach*, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, S. 19 f. Vgl. auch *Binder*, a.a.O. S. 142 f.

⁷ *J. Goldschmidt*, Zivilprozeßrecht, S. 29.

verhältnis als ein Rechtsverhältnis zwischen dem Staat einerseits, den Parteien anderseits. Das öffentlich-rechtliche Klagerecht, das dem Kläger gegenüber dem Staate zusteht, wird folgerichtig Rechtsschutzanspruch⁸ genannt, er ist der Gegenstand des Prozesses⁹.

Führt der Prozeß zu einem dem Kläger ungünstigen Urteil, so ist damit festgestellt, daß er keinen Anspruch besaß. Damit ist auch schon die wesentliche Kritik an der Lehre vom Rechtsschutzanspruch erwähnt. Denn wenn der Kläger keinen Anspruch auf Rechtsschutz hatte, weshalb konnte er dennoch klagen? War dann der geführte Prozeß ein Prozeß ohne Streitgegenstand gewesen¹⁰? Mag auch das publizistische Klagerecht die alten Vorstellungen des zivilistischen Klagerechts zu Recht überwunden haben, indem es der Feststellungsklage und der Gestaltungsklage eine eindeutige Begründung zu geben vermochte¹¹ (was solange natürlich nicht möglich war, als das Klag-

⁸ *A. Wach*, a.a.O. S. 19, *K. Hellwig*, System des Deutschen Zivilprozeßrecht, S. 291. *Goldschmidt*, a.a.O. S. 29 führt dazu aus: Rechtsschutzanspruch «ist das subjektive öffentliche Recht gegen den Staat auf Rechtsschutz durch günstiges Urteil».

⁹ Durch diese Lehre wird eine deutliche Scheidung des materiellen Rechts vom formellen Recht angestrebt. Der Rechtsschutzanspruch ist als subjektives öffentliches Recht dem öffentlichen Recht unterstellt. Der materielle Anspruch seinerseits untersteht dem privaten Recht. Zwischen beiden herrscht die Beziehung, daß die Existenz des materiellen Anspruchs die Voraussetzung des Rechtsschutzanspruchs ist. Dies bestritt zwar *A. Wach*, a.a.O. S. 19, indem er den Rechtsschutzanspruch als bloßes Mittel, nicht als Funktion des materiellen Rechts begreift. Doch sagt er weiter unten, S. 19: «Ein Rechtsschutzanspruch kommt nur demjenigen zu, welcher wirkliches, nicht eingebildetes Rechtsschutzinteresse hat und es im Prozeß dartut.» – Andererseits aber entscheidet das Urteil nur über den Rechtsschutzanspruch, nicht direkt über den materiellen Anspruch. Nur mittelbar, vermöge des Zusammenhangs zwischen Anspruch und Rechtsschutzanspruch, indem letzterer den ersteren zur Voraussetzung hat, ergibt sich die Wirkung des Urteils auf den materiellen Anspruch. Vgl. dazu *J. Binder*, a.a.O. S. 4, insb. S. 142 ff.

¹⁰ *A. Nikisch*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, S. 16 ff. *L. Rosenberg*, Zur Lehre vom Streitgegenstand, S. 295.

¹¹ *J. Binder*, a.a.O. S. 4 f: Die Feststellungsklage und auch die Gestaltungsklage haben nicht unmittelbar ein subjektives Recht zum Streitgegenstand. Das Urteil wird nicht einen Anspruch zu- oder absprechen, es stellt lediglich eine bestehende Rechtslage fest oder es gestaltet eine Rechtsänderung. Wenn also nun ein vom materiellen Anspruch gelöster Rechtsschutzanspruch Gegenstand des Verfahrens ist, dann können alle drei Arten der Klagen darunter subsumiert werden, denn sowohl der Feststellungskläger wie auch der Kläger in einer Gestaltungsklage haben einen Anspruch, daß ihr Recht geschützt werde, einen Rechtsschutzanspruch also.

recht nur die Kehrseite des subjektiven Rechts darstellte¹², so hat doch die Beibehaltung des Begriffes Anspruch, den man nun etwa in der Formulierung: «Aus einer Rechtsverletzung in den bürgerlichen Rechtsansprüchen resultiert ein Anspruch auf Wiedergutmachung der Rechtsverletzung»¹³ ausdrückt, bewirkt, daß die vielfachen Diskussionen zu keinen greifbaren, befriedigenden Resultaten führten¹⁴. Der Anspruch auf Rechtsschutz setzt eben, wenn er Streitgegenstand sein soll, immer schon voraus, daß ein günstiges Urteil ergeht. Wird aber der Kläger abgewiesen, so hatte der Prozeß keinen Streitgegenstand. Es liegt diese Konsequenz schon im Begriff des Anspruches. Man kann sich darunter doch kaum etwas anderes als eine Berechtigung vorstellen; über diese Berechtigung aber soll im Prozeß ja gerade erst entschieden werden. Einzelne Autoren erkannten dies durchaus, auch wenn sie im übrigen auf dem Boden des publizistischen Klagrechts standen und sprachen deshalb bloß von einer Klagemöglichkeit; dabei mußten sie logischerweise verneinen, daß eine Bestimmung des Streitgegenstandes zu Beginn des Prozesses schon möglich sei¹⁵.

In der Folge hat Binder¹⁶ in einer eingehenden Studie die Lehren vom publizistischen Klagrecht einer Kritik unterzogen. Die Entwicklung des Verhältnisses von Anspruch und Prozeß zeichnet Binder dahin, daß aus der ursprünglich monistischen Auffassung des römischen Rechts durch Bülow und spätere Verfechter des Klagrechts ein Dualismus zwischen materiellem Recht und prozessualer Geltendmachung aufgestellt worden sei. Wenn bei den Römern noch – und hier zitiert Binder Windscheid¹⁷ – nicht die Frage: Welches Recht hast Du, sondern: Welche Klage hast Du, im Mittel-

¹² Die actionenrechtliche Anschauung konnte nur der Leistungsklage gerecht werden, weil sie vom subjektiven Recht des materiellen Rechts ausging, den materiellen Anspruch mit der Litiskontestation als Klagerecht untergehen ließ, indem ein Anspruch auf Urteil daraus wurde.

¹³ B. Windscheid, Pandekten, Bd. 1, § 122.

¹⁴ Vgl. Kritik bei W. Hochuli, Die Begründung der Klage, S. 4.

¹⁵ Degenkolb, a.a.O. sprach vom abstrakten publizistischen Klagrecht, das, wie A. Wach, a.a.O. S. 22 ihm entgegenhält, die bloße Klagemöglichkeit, die auch der materiell Unberechtigte hat, ausdrückt.

¹⁶ J. Binder, Prozeß und Recht, S. 4 ff.

¹⁷ B. Windscheid, Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. S. 3.

punkt stand¹⁸, so hat sich nach Bülow diese Anschauung in ihr Gegenteil gekehrt. Das materielle Recht ist nun das Prius geworden, die Klage aber, die Durchsetzung des Anspruchs, ist erst das spätere. Dieser Auffassung ist gemäß, daß die Rechtsordnung die subjektiven Rechte bestimmt, daß der Prozeß ihnen aber Schutz gewährt.

Dieser dualistischen Betrachtungsweise tritt nun Binder, vom Privatrecht her kommend, zugunsten einer monistischen Auffassung entgegen. Er behauptet die Identität der beiden Rechtsordnungen, die Identität von Anspruch und prozessualer Geltendmachung¹⁹. Wenn Binder das Wesen des Rechts nicht darin sieht, «daß der Einzelne im einzelnen Fall der einzelnen Rechtsnorm gehorcht, sondern darin, daß sie sich gegenüber dem Ungehorsam durchzusetzen vermag»²⁰, so leitet er daraus die Notwendigkeit ab, wieder zur monistischen Auffassung römisch-rechtlichen Denkens zurückzugehen, wenigstens im Grundgehalt²¹. Den Vertretern des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzanspruchs hält er entgegen: «Der Untertan hat nicht einen Anspruch gegen den Staat auf Rechtsschutz, kein Recht auf Urteil, sondern er hat den Rechtsschutz». «In dieser Tatsächlichkeit des Geschütztseins ist begründet, daß er ein Recht gegen seinen gegenwärtigen oder künftigen oder auch nur möglichen Prozeßgegner hat.»²² Dies führt zu einer sehr bemerkenswerten Auffassung. Auch jener, der nicht mit seinem Verpflichteten um sein Recht im Prozeß steht, der im Gegenteil sein Recht ruhig und unangefochten ausübt (dessen Verpflichteter also bloß ein künftiger oder gar ein bloß möglicher Prozeßgegner ist), hat dieses Recht nur dank des Rechtsschutzes, den der Staat ihm gewährt. Dies zeigt, daß nach Binder ein materielles subjektives Recht ohne prozessuale Durchsetzung keinen Bestand hat, ja daß es gar nicht existiert, bevor nicht im Prozeß darüber entschieden wurde. So sieht denn auch Hochuli²³ den Kernpunkt von Binders Lehre in der Ablehnung der Existenz eines

¹⁸ *Windscheid's* Auffassung der actio steht im Gegensatz zur Ansicht *Puchta's* und anderer Autoren, die das Klagerecht als Akzessorium des subjektiven Privatrechts gelten ließen. Nach *Windscheid*, a.a.O. S. 3 kennzeichnet sich die actio: «Sie gibt Recht, indem sie die gerichtliche Verfolgung bewilligt».

¹⁹ *Binder*, a.a.O. S. 104.

²⁰ a.a.O. S. 105.

²¹ Dies war auch seine Absicht, vgl. a.a.O. S. 392.

²² *Binder*, a.a.O. S. 392.

²³ *Hochuli*, a.a.O. S. 13.

subjektiven Privatrechts vor dem Prozeß. Das Urteil ist konstitutiv, es schafft die materiellen Rechte.

Uns will scheinen, diese Konsequenzen, die aus Binders Lehre zu ziehen sind, gehen doch zu weit. Ein derart einseitiger, monistischer Standpunkt kann der vernünftigerweise zu verlangenden gegenseitigen Bedingtheit und Ergänzung zwischen materiellem Recht und Prozeß nicht genügen. Man könnte Binder mit Burckhardt entgegen: «Beides, das materielle Recht und das formelle Recht, müssen zusammen gedacht werden; beides gehört zum Rechtsanspruch, wie Heft und Klinge zum Messer²⁴.» Das Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozeß ist eben ein dualistisches – gerade das bekämpfte aber Binder –, und nur eine dialektische Betrachtungsweise kann, sobald und wo immer die Beziehungen zwischen den beiden aktuell werden, den tatsächlichen Verhältnissen gerecht werden. Dem materiellen, subjektiven Recht darf die Existenz nicht abgesprochen werden, solange im Rechtsleben der Streit um ein Recht noch durchaus die Ausnahme darstellt, die Wirksamkeit und die Gültigkeit des durch die materielle Privatrechtsordnung gegebenen subjektiven Rechts aber im allgemeinen ohne weiteres gewährleistet ist.

Andererseits bedarf das Prozeßrecht, in welchem von einem umstrittenen Recht auszugehen ist, einer Definition dessen, was Gegenstand des Prozesses ist, auf Grund einer selbständigen, eigengesetzlichen Betrachtungsweise. Das haben die Lehren des publizistischen Klagrechts erhellt. Darüber hinausgehend muß die Unabhängigkeit des Prozeßrechts vom materiellen Recht besonders unter einem Gesichtswinkel betrachtet werden, den die Verfechter des Klagrechts nicht genügend beachtet haben. Es ist dies die Möglichkeit, die das Prozeßrecht immer gewährt, daß ein materiell Unberechtigter klagen kann. Ihm kommt kein Rechtsschutzanspruch zu, dennoch kann er Klage erheben. Und auch die Möglichkeit, daß die materielle Rechtslage, vom Privatrecht aus gesehen, auch nach dem entscheidenden Urteil nicht feststeht, wenn das Urteil etwas Unrichtiges, der materiellen Rechtsordnung Widersprechendes entscheidet, ist in Betracht zu ziehen. Im letzteren Fall kann das Prozeßrecht auf die unrichtige, doch rechtskräftige Entscheidung keinerlei Rücksicht nehmen, sie muß vollstreckt werden, wenn nicht bei der Vollstreckung etwa Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden kön-

²⁴ *Burckhardt*, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 127.

nen²⁵. Diese Unvollkommenheit liegt im Wesen des Rechts selbst begründet, sie ist vor allem ein Problem der unrichtigen Anwendung, nicht der falschen Ausgestaltung des Rechts – keine monistische und keine dualistische Betrachtungsweise unseres Problems kann sie lösen.

Damit ist klar geworden, das weder eine Identifikation von subjektivem Recht und Prozeßgegenstand noch die Lehre vom Rechtsschutzanspruch den Ansprüchen des Prozeßrechts gerecht werden.

III. Streitgegenstand und Rechtsbehauptung

A) Die Rechtsbehauptung, Begriff

Von dieser Ausgangslage aus hat Nikisch eine Fassung des Begriffes des Streitgegenstandes gegeben²⁶. Seine Klagedefinition lautet: Die Klage ist «die Aufstellung einer Rechtsbehauptung zur Erlangung staatlichen Rechtsschutzes²⁷.» Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Begriff der Rechtsbehauptung zu. Jede Klage enthält die Behauptung des Klägers, daß ihm ein Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz zukomme. Durch die Rechtsbehauptung bestimmt der Kläger den Gegenstand des Prozesses. Die Klage, sein Rechtsschutzgesuch²⁸, enthält Ziel und Inhalt der Klage. Beides kommt in der Rechtsbehauptung zum Ausdruck.

Zur Erlangung seines Klageziels stehen dem Kläger drei Formen des Rechtsschutzes zur Verfügung: Die Verurteilung auf Leistung, die Feststellung eines Rechtsverhältnisses (oder die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses) und die Vornahme einer Rechtsgestaltung durch den Richter²⁹.

Der Inhalt der Klage präzisiert, welchen Anspruch auf welche Leistung der Kläger geltend machen will, welches Rechtsverhältnis

²⁵ Dies ist ein Problem der Gültigkeit des Urteils, vgl. dazu *Bötticher*, a.a.O. S. 6 ff., insb. S. 17.

²⁶ *Nikisch*, a.a.O. S. 16, «Wichtig aber ist, daß nunmehr auch die im materiellen Recht nicht begründete Klage in den Kreis der Erörterung einbezogen wird. Sobald man sich nicht mehr der Erkenntnis verschließt, daß Klage und Prozeß auch ohne materielles Recht des Klägers sein können, ist die Folgerung unabweislich, daß der Gegenstand des Prozesses nicht in solchem Recht bestehen kann.»

²⁷ a.a.O. S. 2.

²⁸ So auch *Hochuli*, a.a.O. S. 19. Der Ausdruck Rechtsschutzgesuch wird vor allem bei *Hellwig*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1. S. 18 näher begründet.

²⁹ Wir folgen hier immer *Nikisch*.

er als bestehend oder nichtbestehend festgestellt haben will oder welche Rechtsgestaltung er zu Recht verlangen zu können glaubt³⁰.

Die Rechtsbehauptungen lauten also beispielsweise: «Der Beklagte B. muß mir Fr. 1000.— zahlen» «An der Sache X habe ich Eigentum» oder «Ich verlange, daß meine Ehe mit B. geschieden wird». Diese Rechtsbehauptung bringt der Kläger im Klageantrag zum Ausdruck.

B) Die Individualisierung der Rechtsbehauptung

Es ist nun einleuchtend, daß die Rechtsbehauptung, will sie den Streitgegenstand bestimmen, selbst genügend bestimmt sein muß, um von jeder anderen Rechtsbehauptung desselben oder eines anderen Klägers unterschieden werden zu können. Der Streitgegenstand muß in jedem Prozeß eindeutig festgelegt sein, will er für die ihm zukommenden Aufgaben und für die in unserer Arbeit zu erörternden Probleme die nötige Grundlage abgeben.

Die Rechtsbehauptung muß also individualisiert werden³¹. Nun sind aber die Klageanträge sehr verschieden, verschieden in ihrer Rechtsbehauptung, verschieden aber auch in ihrem Verhältnis zu den subjektiven Rechten des Privatrechts.

1. Bei der Feststellungsklage des Eigentums an einer Sache oder bei der Feststellung des Bestehens einer Ehe zieht jeweils der Streitgegenstand eine ganze Reihe von subjektiven Rechten in mittelbare oder unmittelbare Anhängigkeit. Denn die Rechtsbehauptung, daß das Eigentum an der Sache dem X zusteht oder daß die Ehe zwischen A. und B. bestehe, umfaßt, trotzdem sie nur eine einfache Feststellung zur Beurteilung stellt, eine Reihe von Einzelbefugnissen, über die zwischen den Parteien durchaus Einigkeit bestehen kann. So sind sich A. und B. durchaus bewußt, daß, wenn die Ehe zwischen ihnen besteht, alle Vorschriften über die Wirkungen einer Ehe gemäß Art. 159f ZGB für sie Gültigkeit haben. Diese Wirkungen nun, die sich in einer Summe von subjektiven Rechten äußern, bilden nicht den Gegenstand ihres Streites, obwohl über ihr Bestehen mittelbar ebenfalls entschieden wird. Die Rechtsbehauptung ist hier eine sehr ein-

³⁰ *Nikisch*, a.a.O. S. 5. Feststellungsklage und Gestaltungsklage erscheinen also, in dieser Abstraktion, als Rechtsschutzformen.

³¹ Der Ausdruck Individualisierung der Rechtsbehauptung steht nicht im Zusammenhang der beiden Theorien um den Klagegrund: Die Individualisierungs- und die Substanziierungstheorie. *Nikisch* steht keiner der beiden Theorien nahe.

fache: Besteht die Ehe, wie der Kläger behauptet, oder besteht sie nicht? Die Rechtsbehauptung erscheint uns genügend bestimmt, denn es ist die Ehe zwischen A. und B. sicher von jeder anderen Ehe (zwischen C. und D. etwa) verschieden und genügend unterschieden. Dies gilt für alle Feststellungsklagen, dies gilt auch für die Gestaltungsklagen, die ein bestimmt geartetes Rechtsverhältnis betreffen. Die Begehren des Klägers drücken schon die Rechtsbehauptung in völlig bestimmter Weise aus. Es bedarf die Rechtsbehauptung hier nicht der Individualisierung.

2. Anders aber bei den Leistungsklagen. Hier ist es durchaus möglich, daß der Kläger sich darauf beschränkt, seinen Anspruch an den Beklagten zu behaupten, ohne diesen Anspruch soweit zu bestimmen, daß er von jedem anderen unterschieden werden kann. Der Kläger behauptet zum Beispiel, der Beklagte müsse ihm Fr. 1000.— bezahlen. Oder er verlangt die Sache X von ihm heraus. In diesen Fällen ist noch durchaus ungewiß, ob dem Kläger die Fr. 1000.— aus Darlehen oder aus Kauf zustehen sollen, ebenso ist ungewiß, ob der Kläger die Sache X aus Eigentum oder aus Besitzentziehung herausverlangt. Er behauptet nur seinen Anspruch auf Leistung, sei es auf Geld oder Herausgabe der Sache.

Hier muß eine Individualisierung der Rechtsbehauptung eintreten. Kann nun dem Kläger zugemutet werden, daß er selbst seinen Anspruch näher bestimmt, indem er beifügt, daß er die Fr. 1000.— aus Kauf, die Sache aus Eigentum herausverlange? Nikisch verneint dies. Der Partei könne nicht zugemutet werden, daß sie die rechtliche Qualifikation ihres Anspruches bestimmt festlege³². Insbesondere führt Nikisch hierzu an, daß beispielsweise die Partei in Unkenntnis der Rechtslage die Fr. 1000.— aus Kauf fordere, währenddem der Anspruch auf Fr. 1000.— nach der wahren materiellen Rechtslage aus Darlehen gegeben sei. Da das Gericht nun an die Anträge der Parteien gebunden sei, müßte der Kläger mit seiner Forderung auf Fr. 1000.— abgewiesen werden, ob der gleiche Anspruch aber aus Darlehen gegeben sei, könne das Gericht nicht von sich aus feststellen³³. Der Irrtum in der Angabe des Klagegrundes würde somit den Verlust des Rechtes in diesem Prozeß zur Folge haben. Diesen Ausführungen hält indessen Rosenberg mit Recht entgegen, daß es

³² Vgl. die Ausführungen dazu bei *L. Rosenberg*, Zur Lehre vom Streitgegenstand, S. 256 f.

³³ a.a.O. S. 25.

für das Gericht nicht auf die rechtliche Qualifikation des Anspruches durch die Parteien ankommen könne³⁴. Das Gericht muß vielmehr von sich aus prüfen, ob in Anwendung des materiellen Rechts der klägerische Anspruch, wie er behauptet wird, unter irgendeinem rechtlichem Standpunkt, sei es nun in unserem Beispiel Kauf oder Darlehen, begründet sei. «Da mihi factum, dabo tibi ius» und der Satz: «iura novit curia» drücken diesen Grundsatz, der seit altersher gilt, aus. Der Irrtum in der rechtlichen Bezeichnung des behaupteten Anspruches schadet also der behauptenden Partei nicht. Indessen ist aber eine rechtliche Qualifikation des behaupteten Anspruches auch nicht notwendig. Das Gericht nimmt diese bei Fehlen von sich aus vor.

Die *notwendige* Individualisierung des behaupteten Anspruches erfolgt durch die Angabe von Tatsachen, aus denen sich der Anspruch ergeben soll. Die Angabe des Sachverhaltes, den historischen Vorgang, der zu seinem Anspruch führen soll, muß der Kläger vortragen. Das Gericht kann – auf Grund der Parteimaxime – von sich aus keinerlei Erhebungen tatsächlicher Natur vornehmen³⁵. Diese Darlegungen des Klägers finden sich in der Begründung der Klage. Darin zählt er die tatsächlichen, und wenn er will, auch die juristischen Momente auf, die seiner Ansicht nach sein Begehren begründen.

Der Klagebegründung kommt also doppelte Funktion zu. Einmal begründet sie die Klage, zum zweiten bestimmt sie die Rechtsbehauptung näher³⁶. Die Individualisierung der Rechtsbehauptung ist dann genügend erfolgt, wenn die Rechtsbehauptung aus dem Klagegrund soweit ergänzt werden kann, daß die Rechtsbehauptung von jeder anderen unterschieden werden kann. Über diese Rechtsbehauptung hat nun das Gericht zu entscheiden, ob sie zu Recht oder zu Unrecht erhoben werde.

Dies ist der Streitgegenstand, der sich somit als die individualisierte Rechtsbehauptung, aus Klageantrag und Klagebegründung zusammengesetzt, darstellt^{37, 38}.

³⁴ Rosenberg, Zivilprozeßrecht, S. 368.

³⁵ Rosenberg, a.a.O. S. 368, Guldener, a.a.O. Bd. 1. S. 138.

³⁶ Rechtsbehauptungen und Klagegrund finden sich beide im Klageantrag oftmals zusammen, ohne daß sie einzeln aufgeführt werden.

³⁷ Zumeist wird der Streitgegenstand eine Mehrheit von Rechtsbehauptungen und Klagegründen aufweisen.

³⁸ Nikisch, a.a.O. S. 30 wendet sich insbesondere gegen Lent, Gesetzeskonkurrenz, Bd. 2. S. 94, der behauptete, das auch in diesem Falle, da die Rechtsbehauptung

Wir haben hier darauf verzichtet, den Theorienstreit der deutschen Prozeßrechtler zwischen der sogenannten Substanziierungs- und Individualisierungstheorie darzustellen. Nikisch und Rosenberg, denen wir folgen, stehen beide auf einem vermittelnden Standpunkt, der weder der einen, noch der anderen Meinung stattgibt. In der Hauptsache entstand der Streit über die Auslegung des § 253 Abs. 2 der deutschen ZPO; er ist für die schweizerischen Prozeßrechte ohne Bedeutung geblieben und hat auch keine sehr fruchtbaren, allgemein bedeutenden Ergebnisse gezeitigt³⁹.

C) Mehrheit der Rechtsbehauptungen

Unter der Unzahl von Rechtsbehauptungen, die der Kläger im Laufe eines Prozesses erhebt, haben wir für die Bestimmung des Streitgegenstandes diejenigen herausgehoben, welche er im Klageantrag vorbringt, welche also sein Klagebegehren ausmachen. Nur jene Rechtsbehauptungen also, über die der Kläger eine gerichtliche Beurteilung verlangt, machen den Streitgegenstand aus⁴⁰.

In den vorangehenden Abschnitten sprachen wir der Einfachheit halber jeweils nur von einer einzigen Rechtsbehauptung, von der Feststellung des an der Sache X behaupteten Eigentums beispiels-

erst durch den Klagegrund individualisiert wird, ein materielles Recht den Gegenstand bildet, indem ja an Hand des Klagegrundes das Gericht feststellen könne, welches materielle Recht der Kläger geltend mache, ob er also Fr. 1000.– aus Kauf oder aus Darlehen begehre. Diese Anschauung verkennt, so führt *Nikisch* aus, die Rollenverteilung zwischen den Parteien und dem Gericht. Der Kläger muß den Streitgegenstand bestimmen, dem Gericht kommt nur die Aufgabe zu, zu entscheiden, ob die Rechtsbehauptung zutreffe oder nicht. Kommt das Gericht zum Schluß, daß der Tatbestand eines bestimmten materiellen Anspruches gegeben ist, daß dieser Anspruch sich mit dem behaupteten Recht des Klägers deckt, dann muß es die Rechtsbehauptung durch sein Urteil bestätigen, und zwar weil ein materielles Recht dem Kläger zur Seite steht, das seine prozessuale Rechtsbehauptung als begründet erscheinen läßt. Weiter ist *Lent* entgegenzuhalten, daß nicht jede Rechtsbehauptung sich mit einem materiellen Anspruch decken muß, weil ja der Kläger seine Rechtsbehauptung mit unzulänglichen Mitteln begründen kann. Er verlangt beispielsweise Fr. 1000.– mit der Begründung, sie beim Spiel gewonnen zu haben. Die Rechtsbehauptung ist damit völlig individualisiert, der Streitgegenstand bestimmt, doch handelt es sich nicht um einen materiellen Anspruch, weil aus Spiel und Wette keine klagbaren Ansprüche entstehen können.

³⁹ Eine eingehende Darstellung und Kritik der beiden Theorien findet sich bei *J. Robinow*, Zur Lehre vom Streitgegenstand.

⁴⁰ *Nikisch*, a.a.O. S. 19.

weise. Praktisch wird aber in den meisten Prozessen eine Mehrheit von Rechtsbehauptungen, über die gerichtliche Beurteilung verlangt wird, im Klageantrag enthalten sein. Es werden jeweils mehrere Ansprüche behauptet, beispielsweise die Kapitalforderung aus Darlehen und die aufgelaufenen Zinsen. Es scheint uns in der vorliegenden Arbeit die Frage nicht weiter bedeutungsvoll, ob die mehreren Rechtsbehauptungen zugleich auch mehrere Rechtsschutzgesuche bedeuten, oder ob sie in einem einheitlichen Rechtsschutzgesuch zusammengefaßt sein sollen⁴¹. Logisch und dem Wortlaut nach begehrt der Kläger mehrfachen Rechtsschutz, wenn er mehrere Rechtsbehauptungen zur gerichtlichen Entscheidung stellt.

Weit bedeutungsvoller ist aber die Frage, wie sich eine Mehrheit von Rechtsbehauptungen zu einer Einheit der Klagebegründung oder zu einer Mehrheit der Klagegründe verhält.

Es sind folgende Möglichkeiten denkbar:

1. Jeder der mehreren Rechtsbehauptungen ist ein besonderer Klagegrund gegeben. Hier erhebt sich lediglich das Problem, in welchem Maße die mehreren Anträge, die ebensogut in mehreren selbständigen Prozessen erhoben werden könnten, unter dem Gesichtswinkel der objektiven Klagehäufung (kumulative) in einem Verfahren geltend gemacht werden können⁴².
2. Eine Rechtsbehauptung wird mit mehreren tatsächlichen Momenten begründet. Es liegt eine Mehrheit von Klagegründen für eine und dieselbe Rechtsbehauptung vor.
3. Mehrere Rechtsbehauptungen werden aus einem einzigen Sachverhalt erhoben. Es ist eine einheitliche Klagebegründung, doch eine Mehrheit der Rechtsbehauptungen gegeben.

Den beiden letztgenannten Fragen widmete das deutsche Prozeßrecht eingehende Diskussionen. Wir werden in Kürze versuchen, das Problem darzulegen.

D) Mehrheit von Klagegründen

1. Objektiver und subjektiver Klagegrund

Umstritten war vor allem, ob der Klagegrund der im objektiven Recht festgelegte Entstehungsgrund eines bestimmten subjektiven Rechts ist, oder ob im Klagegrund vielmehr nicht das bloße Anführen

⁴¹ Nikisch, a.a.O. S. 83 f., tritt für die Mehrheit der Rechtsschutzgesuche ein.

⁴² Vgl. Guldener, a.a.O. Bd. 1 S. 215.

von Tatsachen, auf Grund derer der Kläger glaubt einen Anspruch zu haben, zu erblicken ist.

Erstere Ansicht faßte den Klagegrund objektiv, letztere subjektiv. Wir haben schon oben S. 18 f. der subjektiven Auffassung beigestimmt, die Nikisch und Rosenberg vor allem vertreten⁴³. Die objektive Bestimmung des Klagegrundes nimmt eine Rechtsbehauptung nur dann als begründet an, wenn nach Maßgabe des objektiven Rechts der behauptete Anspruch gegeben ist. Als Klagegründe treten demnach etwa bei der Rechtsbehauptung auf Scheidung der Ehe die in Art. 137–142 ZGB genannten Scheidungsgründe auf. Dieser Auffassung ist aber entgegenzuhalten, daß eine unschlüssig begründete Klage keine Klagebegründung hätte⁴⁴. Diesem Schluß scheint man auf den ersten Blick zustimmen zu können. Wird der Kläger mit seiner Rechtsbehauptung abgewiesen, dann eben deshalb, weil seine Klage nicht begründet war. Und doch führt dies zu Fehlschlüssen. Eine prozessual richtige Auffassung des Klagegrundes muß hier eine kleine, doch bedeutsame Nuancierung anbringen. Der Ausdruck «begründet» hat eine Doppelbedeutung⁴⁵. Einmal meint er: nach Maßgabe des materiellen Rechts begründet. Die Rechtsbehauptung auf Scheidung ist begründet, wenn ein Scheidungsgrund des ZGB zutrifft. Dann aber – und dies ist der rein prozessuale Begriff – meint das «Begründetsein» einer Rechtsbehauptung, daß diese mit Anführung einer Reihe von Tatsachen versehen wurde, die nach der Meinung des Klägers seine Rechtsbehauptung rechtfertigen. Die Begründung ist hier eine rein tatsächliche, völlig von der Partei abhängige. Die Aufgabe des Gerichts ist es nun, anhand des objektiven Rechts festzustellen, ob ein materielles Recht dem Kläger zur Seite steht, ob seine tatsächliche Begründung eine rechtliche Begründung bedeute, mit anderen Worten, ob der Kläger seine Rechtsbehauptung schlüssig begründet habe.

Die objektive Auffassung des Klagegrundes haben wir abzulehnen, weil sie im Falle einer Abweisung des Klägers verneint, daß eine Begründung seines Begehrens vorlag. Eine Rechtsbehauptung ohne Begründung also, wie sie sich dann retrospektiv ergibt, vermag aber den Streitgegenstand nicht zu bestimmen, wenn die Rechtsbehauptung

⁴³ Nikisch, a.a.O. S. 59 f. Rosenberg, a.a.O. S. 368, Guldener Bd. 1. S. 139. So auch Hochuli, a.a.O. S. 30.

⁴⁴ Nikisch, a.a.O. S. 61.

⁴⁵ Nikisch, a.a.O. S. 62.

tung der Individualisierung bedarf. Ein Beispiel möge dies veranschaulichen. Der Kläger verlangt vom Beklagten Fr. 1000.—. Er führt an, der Beklagte habe von ihm die Sache X gekauft und schulde ihm daraus den Kaufpreis. Das Gericht kommt zur Überzeugung, daß nicht Kauf, sondern ein Depositum vorlag. Es weist den Anspruch auf Fr. 1000.— ab. Nach der objektiven Auffassung des Klagegrundes lag hier keine Begründung vor. Die Rechtsbehauptung, Fr. 1000.— zu gute zu haben, war aber nicht genügend bestimmt, die Klagebegründung hätte sie individualisieren sollen. Eine solche liegt nun nicht vor. Der Streitgegenstand wäre nicht genügend bestimmt.

2. Die Mehrheit von Klagegründen im besonderen

Die subjektive Auffassung des Klagegrundes bewährt sich insbesondere bei der Frage, wann eine Mehrheit von Rechtsbehauptungen auf Grund mehrerer Klagegründe, wann bloß eine einzige, mehrfach begründete Rechtsbehauptung vorliege.

Wenn für eine einzige Rechtsbehauptung mehrere Sachverhalte, mehrere tatsächliche Ereignisse angeführt werden, so liegt eine mehrfache Begründung vor. Wenn also zum Beispiel eine Sache herausverlangt und dabei angeführt wird, daß der Beklagte die Sache dem Kläger abgenommen habe (Besitzentziehung) und daß der Kläger die Sache vom C. zu Eigentum erwarb, so liegt eine zweifache Begründung derselben Rechtsbehauptung, über die der Kläger gerichtliche Beurteilung verlangt, vor. Es handelt sich aber nicht um zwei geltend gemachte Ansprüche im prozessualen Sinn, trotzdem nach Maßgabe des objektiven Rechts mehrere Ansprüche gegeben sind⁴⁶.

Nur in diesen Fällen also liegt nach unserer Ansicht eine mehrfache Begründung desselben prozessualen Anspruches vor.

Die Vertreter einer objektiven Auffassung des Klagegrundes nehmen aber auch dort eine mehrfache Begründung an, wo aus demselben historischen Vorgang mehrere materiellrechtliche Ansprüche in Konkurrenz gegeben sein können. Wenn zum Beispiel vom Beklagten Fr. 1000.— aus widerrechtlicher Schädigung gemäß Art. 41 ff. OR und aus Vertragsverletzung gefordert werden, weil der Beklagte die ihm durch Depositum anvertraute Sache schuldhaft beschädigt oder zerstört hat, so sind nach objektivem Recht hier sicherlich

⁴⁶ Rosenberg, a.a.O. S. 373.

mehrere Ansprüche gegeben, die im Verhältnis der Konkurrenz zueinander stehen.⁴⁷ Prozessual also müßten hier die Vertreter des objektiven Klagegrundes mehrere Klagegründe und – dies schließt ihre Auffassung ein – mehrere klägerische Anträge annehmen.⁴⁸ Es entsprechen hier dann die mehreren materiellrechtlich gegebenen Ansprüche auch einer Mehrheit der prozessualen Ansprüche.

E) Einheit der Klagebegründung

In dem eben angeführten Beispiel gab der Kläger ein einziges tatsächliches Ereignis an, aus dem er seinen Anspruch an den Beklagten ableiten zu können glaubte. Seine Rechtsbehauptung ist eine einheitliche, sie stellt ein einziges Rechtsschutzgesuch dar,⁴⁹ das eine einzige Klagebegründung in unserem Sinne aufweist. Prozessual gesehen sind also die Fr. 1000.– aus widerrechtlicher Schädigung, eventuell aus Vertragsverletzung ein einziger Anspruch (obwohl sie materiell-rechtlich zwei konkurrierende Ansprüche darstellen). Der Streitgegenstand ist die Rechtsbehauptung, Fr. 1000.– vom Beklagten verlangen zu können; individualisiert wird diese Rechtsbehauptung durch den angeführten Sachverhalt, z. B. der Beschädigung der anvertrauten Sache⁵⁰. Weitaus häufiger ist nun aber, daß mir einer einheitlichen Klagebegründung mehrere Rechtsbehauptungen geltend gemacht werden. Aus einem hingegebenen Darlehen behauptet der Kläger seinen Anspruch auf Rückforderung der Kapitalsumme und der aufgelaufenen Zinsen. Dies sind zwei durchaus unterscheidbare Rechtsbehauptungen, es kann das Gericht über die eine in anerkennendem Sinne entscheiden, die andere aber abweisen, ohne einen logischen Widerspruch zu begehen.

Die meisten Prozesse haben eine derartige Mehrheit von Rechtsbehauptungen zum Streitgegenstand. Dabei ist durchaus nicht gesagt, daß die mehreren Rechtsbehauptungen, die sich auf einen Klagegrund stützen, die gleiche Rechtsschutzform aufweisen. In dem eben gegebenen Beispiel ist dies allerdings der Fall. Der Kapital-

⁴⁷ Eine eingehende Untersuchung dieser Probleme gibt *Lent*, Gesetzeskonkurrenz, Bd. 2. Doch entspricht seine Auffassung nicht der hier vertretenen Ansicht.

⁴⁸ Die Konsequenzen dieser Auffassung stehen unserem Problem entgegen, unten S. 29 ff.

⁴⁹ *Nikisch*, a.a.O. S. 87 f.

⁵⁰ *Rosenberg*, a.a.O. S. 433.

anspruch sowie der Zinsanspruch sind beide in der Form der Leistungsklage erhoben. Denken wir aber an die Scheidung einer Ehe. Klägerische Rechtsbehauptung ist da einmal das Begehren auf Scheidung der Ehe. Dies ist die Behauptung eines Rechtes auf Rechtsänderung. Die Form des begehrten Rechtsschutzes ist die Gestaltungsklage. Als Klagebegründung mag etwa der Sachverhalt eines Ehebruches erscheinen. Nun wird aber regelmäßig mit dem Scheidungsbegehren zugleich auch eine Reihe von Leistungsansprüchen geltend gemacht. Die Klägerin fordert etwa Schadenersatz für den ihr durch die Scheidung entgehenden Unterhaltsanspruch, dazu auch Ansprüche auf Anwartschaften, Genugtuungssummen usw. Diese Ansprüche werden ebenfalls mit dem Ehebruch begründet. (Allerdings können teilweise noch weitere Begründungen notwendig sein, so z. B. der Sachverhalt, aus dem die Anwartschaft, die der Klägerin verloren geht, sich ableitet). Hat sich der Richter überzeugt, daß die Begründung schlüssig ist, daß also der Ehebruch stattgefunden hat, so hat er auf Grund der Art. 146 und 151 des ZGB einmal die Scheidung auszusprechen und des weiteren der schuldlosen Klägerin die Schadenersatzforderungen, eventuell auch die Genugtuungssumme zuzusprechen.

Die Anführung dieser Beispiele und die theoretisch anmutenden Unterscheidungen zwischen Mehrheit und Einheit von Klagegründen und Rechtsbehauptungen werden sich für uns bei der Behandlung der Rechtshängigkeit als bedeutungsvoll erweisen.

IV. Die Identität zweier Streitgegenstände

Aus dem eben Dargelegten ergibt sich für die Definition des Streitgegenstandes folgendes: Der Streitgegenstand eines Zivilprozesses wird gebildet durch eine oder mehrere Rechtsbehauptungen, die durch einen oder mehrere Klagegründe tatsächlicher Natur individualisiert werden und über die der Kläger ein Urteil des Gerichtes fordert.

Dementsprechend ist die Frage, wann zwei Streitgegenstände identisch seien, zu beantworten.

Es ergibt sich im einzelnen:

1. Zwei Streitgegenstände sind identisch, wenn die gleiche Rechtsbehauptung, die an sich schon individualisiert ist, zweimal Gegenstand eines Prozesses ist. Der Kläger verlangt etwa die Feststellung seiner Ehe mit der Beklagten in zwei Prozessen.

2. Zwei Streitgegenstände sind identisch, wenn die gleiche Rechtsbehauptung, auf Grund des gleichen Sachverhalts individualisiert, zweimal im Prozeß erhoben wird. Der Kläger verlangt vom Beklagten Fr. 1000.— aus widerrechtlicher Schädigung durch Beschädigung seiner ihm gehörenden Sache X, im zweiten Prozeß verlangt er Fr. 1000.— auf Grund der gleichen Beschädigung der Sache X, doch aus Vertragsverletzung, da die Sache dem Beklagten als Depositum anvertraut war⁵¹. Ebenso gehört hierher der einfache Fall, daß der Kläger den gleichen Anspruch auf Fr. 1000.— zweimal aus Kauf geltend macht, zweimal also aus dem gleichen Sachverhalt, dem er beide Male auch die gleiche juristische Qualifikation beimißt.

3. Zwei Streitgegenstände sind identisch, wenn die gleiche Mehrheit von Rechtsbehauptungen, seien sie schon individualisiert oder bedürfen sie erst der näheren Bestimmung durch die Klagebegründung, zweimal Gegenstand eines Prozesses sind. Dabei ist es gleichgültig, ob die Klagebegründung aus einem einzigen Sachverhalt oder aus mehreren tatsächlichen Ereignissen besteht. Soweit aber die Klagebegründung tatsächlicher Natur ist, muß sie in beiden Prozessen die gleiche sein. Eine verschiedene juristische Qualifikation der Klagegründe durch die Parteien schließt die Identität nicht aus⁵².

Bei allen anderen möglichen Verhältnissen zwischen Rechtsbehauptungen und Klagegründen in zwei Prozessen liegt keine Identität der Streitgegenstände vor.

Auszunehmen sind davon nur jene Fälle, in denen der Streitgegenstand des einen Prozesses vollständig im Streitgegenstand des anderen Prozesses enthalten ist. Es liegt hier keine volle Identität vor, doch verhalten sich die Streitgegenstände zueinander wie das Ganze zu einem seiner Teile. Dieser Fall der Teilidentität kann unter die Identität allgemein gezählt werden, im einzelnen ergeben sich aber abweichende Regeln⁵³.

Dieser Fall ist wohl zu unterscheiden von jenem, den man ebenfalls Teilidentität nennen könnte, indem nämlich die beiden Streitgegenstände je einzelne Teile aufweisen, die identisch sind. Die beiden

⁵¹ Die französische Prozeßlehre nimmt hier nur Konnexität an. Vgl. unten S. 107.

⁵² So auch *Guldener* a.a.O. Bd. I. S. 138 f.

⁵³ Für das Durchgreifen der Rechtshängigkeitswirkung z. B. bei Feststellungs- und Leistungsklage. Die letztere hemmt die erste in jedem Falle, nicht aber umgekehrt, vgl. darüber unten S. 72 f.

Streitgegenstände haben jeder unter ihren mehreren Rechtsbehauptungen eine, die im anderen Streitgegenstand auch enthalten ist. Hier verhalten sich die Streitgegenstände nicht wie das Ganze zu einem seiner Teile, sondern wie zwei verschiedene Ganze zu einem gemeinsamen Teil⁵⁴.

Damit haben wir unsere einleitende Aufgabe gelöst; in der Bestimmung und Durchleuchtung des Begriffes des Streitgegenstandes gibt sich für uns nun die Ausgangslage für die anschließenden Untersuchungen der Verhütung von Doppelprozessen, die widersprechende Urteile zu zeitigen vermögen.

3. Kapitel

Zusammenfassung mehrerer Prozesse mit mehreren Personen in einem Verfahren

I. Das Problem

Eingangs dieser Arbeit erwähnten wir, daß immer dann, wenn sich in verschiedenen Prozessen, die auf einander einen bestimmenden Einfluß (sei er präjudizierend oder bloß vorbereitend) auszuüben vermögen, mehrere Personen einander gegenüber stehen, die Möglichkeit gegeben ist, daß eine getrennte Entscheidung der abhängigen Prozesse zu widersprechenden Urteilen führt¹. Darüber hinaus wiesen wir auch das prozeßökonomische Interesse an einer Zusammenfassung dieser mehreren Prozesse auf.

Die Prozeßgesetze haben von altersher eine Reihe von Prozeßinstituten ausgearbeitet, die diese Probleme berücksichtigen. Wir wollen in diesem Kapitel nur eine kurze Darstellung der heute mehr oder weniger anerkannten Institute geben. Dabei werden wir auch den Ansatz zu verschiedenen Postulaten finden, die unseres Erachtens der vermehrten Beachtung und Ausgestaltung würdig sind.

⁵⁴ Man spricht hier gewöhnlich von Konnexität. Vgl. aber unsere Fassung dieses Begriffes unten S. 79 f.

¹ Wir erwähnten diese Fälle als eine der drei Möglichkeiten, die zu widersprechenden Urteilen führen können, vgl. oben S. 3 f.

Das materielle Recht kennt eine Anzahl von Rechtsverhältnissen, aus denen zugleich eine Mehrheit von Personen berechtigt und verpflichtet werden. Daß diese mehreren Berechtigungen tunlichst gemeinsam geltend gemacht werden vor Gericht, daß diese Verpflichtungen gemeinsam vor Gericht verteidigt werden sollen, bestimmt zuweilen schon das materielle Recht, das so die Prozeßrechtswissenschaft zur Ausgestaltung der nötigen Behelfe zwingt. Sie findet diesen Behelf in der notwendigen Streitgenossenschaft.

Auch aus bloß prozessualen Gründen kann das Prozeßrecht eine Zusammenlegung mehrerer Prozesse unter verschiedenen Personen anordnen, sei es zur Verhütung von widersprechenden Urteilen, sei es zur Erzielung eines möglichst raschen und billigen Verfahrens. Es handelt sich hier um die Institute der einfachen Streitgenossenschaft, der Intervention als Neben- und Hauptintervention, der Intervention der Behörden und schließlich der Streitverkündung.

II. Die notwendige Streitgenossenschaft

Beispielsweise zählen wir aus dem materiellen Recht die Gesamthandsverhältnisse auf, bei denen immer eine Mehrheit von Personen zugleich berechtigt und verpflichtet wird, die diese Berechtigungen nur gemeinsam geltend machen können, sowohl im rechtsgeschäftlichen Verkehr als auch vor Gericht mittels der notwendigen Streitgenossenschaft. Das Eigentum bei Gesamthandverhältnissen ist Gesamteigentum (ZGB Art. 652), welches nur von allen Berechtigten gemeinsam ausgeübt werden kann². Die Verpflichtungen aus gesamter Hand allerdings müssen nicht von allen Gesamthändern gemeinsam erfüllt werden, eine Forderung an die Gesamthand kann also gegen jeden einzelnen der Gesamthänder eingeklagt werden. Die Gesamthänder stehen aber im Verhältnis der Solidarschuldnerschaft³. Wenn die Klage nicht von allen Berechtigten gemeinsam erhoben wird, so fehlt es an der Aktivlegitimation. Die Klage ist abzuweisen, wenn nicht, wie einzelne Prozeßgesetze bestimmen, der oder die fehlenden Berechtigten durch die sogenannte Beiladung in den Prozeß gerufen werden können⁴. Einzelne Prozeßgesetze bestim-

² Weitere Beispiele bei *Guldener*, a.a.O. Bd. 1. S. 222.

³ Wenn die gesamthänderischen Schuldner gemeinsam eingeklagt werden, so liegt eine einfache Streitgenossenschaft vor.

⁴ *M. Guldener*, Die Beiladung, insbesondere im Bundeszivilprozeß, S. 27 f.

men an Stelle der Abweisung der Klage wegen mangelnder Sachlegitimation (die Klage wird hier als unbegründet abgewiesen), daß das Auftreten aller Streitgenossen im Prozeß als Prozeßvoraussetzung zu betrachten sei. Fehlt demnach ein Streitgenosse, so ist die Klage als unzulässig von der Hand zu weisen⁵. Diese Lösung ist die zweckmäßigste, erspart sie doch ein Eintreten auf den materiellen Inhalt der Klage.

Insbesondere scheint es nicht gegeben, die Einrede der mangelnden Streitgenossen den Parteien zu überlassen; denn wenn diese auf deren Erhebung verzichten, so muß die Klage dennoch abgewiesen werden: das materielle Recht zwingt ja zur gemeinsamen Geltendmachung der streitgenössischen Rechte⁶.

III. Zusammenlegung mehrerer Prozesse mit Personenmehrheit aus prozessualen Gründen

A) Die einfache Streitgenossenschaft

Sie wird häufig auch als subjektive Klagehäufung bezeichnet, werden doch dabei mehrere Ansprüche mehrerer Kläger oder gegen mehrere Beklagte in einem Verfahren zusammengefaßt, obwohl sie an sich durchaus geeignet wären, in einer Mehrheit von Prozessen getrennt entschieden zu werden.

Den Zusammenschluß gebietet die Prozeßökonomie und die Gefahr widersprechender Urteile. Damit ist aber schon implicite ausgedrückt, daß ein bestimmter Zusammenhang zwischen den mehreren Rechtsbehauptungen der mehreren Kläger oder des einzelnen Klägers gegen die mehreren Beklagten bestehen muß. Eine Identität der Rechtsbehauptungen kommt indessen nicht in Betracht, dies ergibt sich unmittelbar aus dem im letzten Kapitel Angeführten. Der Anspruch des Klägers A. gegen den B. ist nicht identisch mit dem Anspruch des Klägers C. gegen den B., selbst wenn sie sich aus dem gleichen Sachverhalt ableiten und den gleichen Inhalt haben sollten.

Vielmehr ist das Band zwischen den einzelnen Rechtsbehauptungen lockerer. Die deutschen Rechtsgelehrten haben es, auf der Termino-

⁵ Für das schweizerische Prozeßrecht vgl. *Guldener*, Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Bd. 1. S. 223.

⁶ Vgl. zur notwendigen Streitgenossenschaft: *Flepp*, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozeßrecht.

logie des gemeinen Prozeßrechts aufgebaut, als Konnexität bezeichnet⁷. Ohne diesen Ausdruck hier schon definieren zu wollen in jenem besonderen Sinne, in dem wir ihn später zu verwenden gedenken, wollen wir hier die verschiedenen Arten von Konnexität zwischen den Rechtsbehauptungen und Klagegründen untersuchen, wie sie sich für die einfache Streitgenossenschaft ergeben.

1. Konnexität der Klagegründe

Mehrere Kläger können verschiedene Rechtsbehauptungen gegen denselben Beklagten aus ein und demselben tatsächlichen Ereignis ableiten. Es liegt hier ein sehr enges Band zwischen den Klagegründen vor, das zur Identität werden kann.

Beispielsweise wurden durch eine unerlaubte Handlung mehrere Personen geschädigt. Sie leiten daraus, je nach dem entstandenen Schaden, verschiedene Rechtsbehauptungen (Ansprüche auf Ersatzleistung) ab, allen gemeinsam ist aber das gleiche schädigende Ereignis, das als Klagegrund erscheint, wenn es auch im einzelnen von den verschiedenen Klägern verschieden dargelegt werden kann. Auch hier ist ein verschiedene juristische Qualifikation des Sachverhaltes für die Gleichheit der Klagegründe unerheblich.

Gleichheit der Klagegründe liegt auch vor, wenn mehrere Kläger, die unter sich nicht in gesamter Hand, wohl aber in Miteigentum, Solidar- oder Partialgläubigerschaft verbunden sind, gemeinsam einen Verpflichteten einklagen. Ebenso gilt dies, wenn ein Kläger mehrere Miteigentümer, mehrere Solidar- oder Partialschuldner einklagt.

Indessen ist hier zu bemerken, daß im Falle der unechten Solidarschuld nicht eine Identität, sondern bloße Konnexität der Klagegründe gegeben ist. Ein Beispiel einer unechten Solidarität (OR Art. 51) liegt etwa vor, wenn durch unerlaubte Handlung eines Angestellten in Ausübung geschäftlicher Funktionen der Kläger geschädigt wird.

Es kann den Geschäftsherrn und den Täter solidarisch auf Ersatz des angerichteten Schadens einklagen. Die dabei anzuführenden Klagebegründungen haben zwar gemeinsam die Darstellung des schädigenden Ereignisses, indessen muß zur Behauptung der Ansprüche gegen den Geschäftsherrn des weiteren angeführt werden, daß der

⁷ Vgl. darüber unten S. 124 f.

Täter sein Angestellter war und daß der Geschäftsherr die in Art. 55 OR gebotene Sorgfaltspflicht verletzt hat⁸.

2. Konnexität der Rechtsbehauptungen

Der Zusammenhang der Rechtsbehauptungen zeigt sich in zweifacher Richtung hin. Einmal sollen sie in der gleichen Form des Rechtsschutzes erhoben werden. Es kann nicht eine Gestaltungs-klage des einen Klägers im gleichen Verfahren mit einer Feststellungs-klage eines anderen Klägers zugleich behandelt werden, soll das Verfahren einfach bleiben. Daß dies aber bei der einfachen Streitgenossenschaft erstes Erfordernis ist, ergibt sich schon daraus, daß in manchen Prozeßgesetzen angeordnet ist, der Richter könne nach seinem Ermessen die Trennung der Verhandlungen anordnen, wenn mehrere Klagen in einfacher Streitgenossenschaft verbunden sind⁹.

Ob und in welchem Maße wenigstens eine Leistungsklage und eine Feststellungsklage gemeinsam erhoben werden können, wird ebenfalls dem Richter anheimzustellen sein. Ergibt sich im Einzelfall, daß die Feststellungsklage mit der Leistungsklage so weit konnex ist, als letztere eine identische oder wenigstens konnexe Feststellung enthält, so wird die Verbindung der Klagen in einfacher Streitgenossenschaft zulässig sein.

Zweitens müssen die Rechtsbehauptungen insofern miteinander in Beziehung stehen, als sie einen gemeinsamen Klagegrund, oder wenigstens konnexe Klagegründe aufweisen. Dies ergibt sich aus den unter 1 dargelegten Ausführungen. Dabei können die nicht individualisierten Rechtsbehauptungen numerisch durchaus den gleichen Inhalt haben, wie es sich zum Beispiel bei der streitgenössischen Geltendmachung einer Forderung mehrerer Partialgläubiger gegen einen Beklagten ergibt, wenn den Partialgläubigern je ein Kopfteil zusteht. Dies braucht aber nicht der Fall zu sein, der einzelne Gläubiger kann – auf Grund eines teilweisen rechtsgeschäftlichen Schulderrlasses etwa – auch weniger als seinen Kopfteil fordern.

⁸ An diesem Beispiel zeigt sich das Interesse an der Vermeidung von Doppelprozessen klar. Wenn der Verletzte getrennt den Täter und den Geschäftsherrn einklagt und zwei günstige Urteile erringt, so steht die Rechtskraft keinem der beiden Urteile entgegen, da sie nur inter partes wirkt.

⁹ *Guldener*, a.a.O. Bd. 1. S. 227 stellt die Befugnis des Richters zur Trennung ganz allgemein für jede Prozeßordnung auf.

3. Prozeßökonomie und widersprechende Urteile bei der einfachen Streitgenossenschaft

Wir haben eine sehr knappe, durchaus nicht jeden Fall der einfachen Streitgenossenschaft berührende Darstellung gegeben, weil es uns nicht zukommt, dieses Institut erschöpfend zu behandeln¹⁰. Es lag uns nur daran, in den verschiedenen Fällen eine gemeinsame Grundlage nachzuweisen, die sich im Rahmen unserer Arbeit aus dem Begriff des Streitgegenstandes ergab. Demnach kann die einfache Streitgenossenschaft als gegeben betrachtet werden, wenn konnexe Rechtsbehauptungen mehrerer Kläger oder gegen mehrere Beklagte vorliegen. Die Konnexität der Rechtsbehauptungen stellt sich als Identität oder wenigstens Teilidentität der angeführten tatsächlichen Klagegründe dar. Damit entgehen wir der sonst üblichen Methode der Aufzählung der einzelnen Fälle der einfachen Streitgenossenschaft, wie sie zumeist – auch in den Prozeßgesetzen – angegeben wird¹¹.

Die verschiedenen Klagen, die streitgenössisch eingebracht werden, könnten auch getrennt, jede für sich, in besonderen Verfahren erhoben werden. Die Prozeßökonomie gebietet die Zusammenlegung, soweit sich das Verfahren nicht dermaßen kompliziert, daß weder rasch noch billig entschieden werden kann. Die Prozeßökonomie allein aber reicht nicht aus, um die einfache Streitgenossenschaft zwingend für die hier angeführten Fälle vorzuschreiben.

Kann aber die Gefahr widersprechender Urteile dies erreichen?

Die getrennte Verhandlung mehrerer Rechtsbehauptungen mehrerer Personen, die in einfacher Streitgenossenschaft verbunden werden könnten, führt zu mehreren Urteilen. Da nun aber die Wirkung eines Urteils sich nur auf die Parteien beschränkt, ergeben sich bei verschiedenen Urteilen über die konnexas Rechtsbehauptungen zwischen den mehreren Personen keine Vollstreckungsschwierigkeiten. Wenn aus Partialgläubigerschaft dem einen Gläubiger der Anspruch zugesprochen, dem andern aber sein Anspruch abgewiesen wurde, so sind beide Urteile vollstreckbar. Unter dem Gesichts-

¹⁰ Die Streitgenossenschaft wurde in der Literatur ausgiebig behandelt. Für die Schweiz vgl. die Angaben bei *Guldener*, a.a.O. Bd. 1. S. 221. Anm. 31.

¹¹ Beispiele etwa bei *Guldener*, a.a.O. Bd. 1. S. 226. Es wird immer auf das materielle Recht abgestellt, wie das einer nur materiellrechtlichen Betrachtungsweise des Streitgegenstandes entspricht.

punkt der Vollstreckung ergibt sich somit keine Gefahr widersprechender Urteile und damit kein Zwang zur einfachen Streitgenossenschaft.

In einem weiteren Sinne aber gebieten Rechtssicherheit und das Ansehen der staatlichen Autorität, daß gleiche Sachverhalte gleich beurteilt werden. Es soll im eben angeführten Fall der Partialgläubigerschaft unter den gleichen sachlichen Verhältnissen nicht dem einen Gläubiger das zugesprochen werden, was dem andern verneint wird. Diesen Grundsatz könnte man ohne weiteres zur Begründung des Verbots jeglicher getrennten Verhandlung über Streitgegenstände, die in einfacher Streitgenossenschaft zusammengefaßt werden können, heranziehen. Die einfache Streitgenossenschaft würde damit obligatorisch. Allein, dies wäre nur denkbar, wenn der Zivilprozeß von der *Offizialmaxime* beherrscht würde. Wenn es nämlich am Richter liegt, alle Umstände und den ganzen Sachverhalt von sich aus abzuklären, dann dürfen keineswegs ungleiche Entscheidungen über gleiche oder auch bloß konnexe Sachverhalte ergehen.

Indessen herrscht im Zivilprozeß die *Parteimaxime* vor. Den Parteien liegt es ob, alles darzutun, was ihrer Ansicht nach die erhobenen Rechtsbehauptungen zu stützen vermag. Unterläßt eine der Parteien die nötige Sorgfalt und Umsicht, dann ist es ihr anzurechnen, wenn sie ein ungünstiges Urteil erlangt.

Die Prozeßordnung stellt die einfache Streitgenossenschaft zwar auch zur Erzielung gleicher Entscheidungen über gleiche Sachverhalte zur Verfügung; allein solange die Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse ganz im Belieben der Parteien liegt, vor allem auch, solange die Beweisführung in ihr Ermessen gestellt ist, kann sie die Parteien nicht zwingen, von dieser Möglichkeit gleicher Rechtsanwendung auf gleiche Sachverhalte Gebrauch zu machen.

Da somit die einfache Streitgenossenschaft nur Parteiinteressen berührt, die Gefahr widersprechender Urteile mit Vollstreckungsschwierigkeiten nicht vorliegt und die Prozeßökonomie nur fordern, nicht zwingen kann, ist sie nicht als obligatorische, notwendige Zusammenlegung von Prozessen zu begründen. Hingegen dürfte auch hier die Möglichkeit der Beiladung willkommene Ergänzungen bringen¹². Bei der Streitgenossenschaft, sowohl bei der einfachen als auch bei der notwendigen, sind die mehreren Personen auf der Kläger-

¹² Vgl. *Guldener*, Die Beiladung, S. 38 f.

oder Beklagtenseite in einer Partei verbunden. Sie bilden jeweils eine Hauptpartei.

B) Die Nebenintervention

Manchmal ist an einem Rechtsverhältnis, über das zwei Personen im Streite liegen, auch ein Dritter beteiligt. Im Prozesse zwischen den beiden Parteien kann nun einem Dritten die Möglichkeit gegeben werden, sich am Streite zu beteiligen. Er wird dabei zwar nicht Hauptpartei – das Urteil wirkt demnach nicht für ihn – doch kann er als Nebenpartei der einen oder anderen Prozeßpartei helfend zur Seite stehen. Der Dritte hat dann die Stellung eines Nebenintervenienten. Die Nebenintervention rechtfertigt sich, wenn man sich vor Augen hält, daß ein Prozeß nur unter den beiden Hauptparteien zu einem Urteil führen kann, daß der materiellen Rechtslage nicht entspricht, weil die Beteiligung des Dritten am umstrittenen Rechtsverhältnis nicht berücksichtigt werden konnte. In einem späteren Prozeß zwischen einer der beiden Hauptparteien und dem Dritten kann sich dann die Rechtslage ganz anders erweisen, so daß das Urteil dieses Prozesses dem erstergangenen widerspricht. Es gebieten hier also die Prozeßökonomie sowohl wie das Interesse an einer widerspruchsslosen Rechtssprechung, daß der Dritte schon im ersten Verfahren seine Rechtsbehauptungen, Beweisanträge und Einreden geltend machen kann.

Indessen zwingt die Nebenintervention den Dritten nicht zum Beitritt am Streit, sie ist nicht obligatorisch. Daß sich dies rechtfertigt, mag aus den gleichen Überlegungen erhellen, die wir für die einfache Streitgenossenschaft anstellten. Vollstreckungsschwierigkeiten sind durch die sich widersprechenden Urteile nicht zu gewärtigen. Denn da ja die Rechtskraft des ersten Urteils, selbst wenn der Nebenintervenient am Prozeß teilnahm, sich nicht auf ihn erstreckt, ist ihm im späteren Prozeß nicht verwehrt, die gleichen Rechtsbehauptungen, gleiche und neue Einreden und Beweise zu erheben, insbesondere kann er aber auch einwenden, daß das erste Urteil unrichtig gewesen sei¹³. Das zweite Urteil wiederum zeitigt nur Wirkungen zwischen der Hauptpartei des ersten Prozesses und dem Dritten, dem früheren Nebenintervenienten. Die Vollstreckung berührt nur diese beiden Personen, wobei überdies, wenn das erste Urteil als nichtig

¹³ *Guldener*, Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Bd. 1. S. 229.

erkannt wurde, jenes der Vollstreckung überhaupt nicht mehr zugänglich ist.

Wenn immerhin dadurch widersprüchliche Feststellungen mehrerer Gerichte über den gleichen oder doch ähnlichen Sachverhalt zugelassen werden müssen, so mag dies der staatlichen Rechtsautorität zwar Abbruch tun, doch muß dabei bedacht werden, daß vielfach eben im zweiten Prozeß, der dann zu Urteilsfeststellungen führt, die das erste Urteil verneinen, neue Vorbringen der Parteien neue Verhältnisse schaffen, die dann zu anderer Entscheidung führen können.

Bei der Nebenintervention ist das Band, das zwischen den Ansprüchen der Hauptparteien und denjenigen des Nebenintervenienten liegen muß, jeweils dadurch gegeben, daß der als Nebenintervenient eintretende Dritte am Sieg oder an der Niederlage der einen Partei interessiert sein muß. Damit ist ausgedrückt, daß die Nebenpartei keine eigene Rechtsbehauptungen aufstellen kann, über die sie eine Entscheidung für sich begehren könnte. Sie bleibt in der Rolle des Helfers. Es erübrigt sich damit, nach der Verbindung der mehreren Streitgegenstände zu fragen, da ja in der Tat nicht eine Mehrheit von Rechtsbehauptungen von einer Personenmehrheit zur selbständigen Beurteilung gestellt werden. Die Nebenintervention begründet nicht eigentlich ein Zusammenlegen von mehreren Rechtsstreitigkeiten, sie stellt vielmehr den Versuch dar, durch die Teilnahme des Dritten einen künftigen Rechtsstreit zwischen einer der Parteien und dem Dritten zu vermeiden, indem der Dritte schon im ersten Prozeß Gelegenheit erhält, seine Interessen am umstrittenen Rechtsverhältnis zu vertreten. Die gleiche Funktion kommt auch der Hauptintervention zu, auf die hier nicht weiter einzutreten ist¹⁴.

¹⁴ Als wesentliche Ergänzung der Nebenintervention muß noch auf die Streitverkündung hingewiesen werden. Durch gerichtliche Vermittlung wird der Dritte aufgefordert, am Streite der Parteien teilzunehmen. Dabei kann er als Nebenintervenient Nebenpartei werden, er kann aber auch in Vertretung der Hauptpartei selbst zur Hauptpartei werden.

Die Rechtskraft

I. Die formelle Rechtskraft

Es sei gestattet, voraus den Fragenkreis um die Rechtskraft, soweit sie für uns bedeutsam ist, zu behandeln. Wir werden damit einer inneren Unterscheidung zu den übrigen Instituten des Prozeßrechts, die die Verhütung von Doppelprozessen zur Aufgabe haben, am ehesten gerecht, spielt doch bei dem Prinzip der Rechtskraft die begriffliche Abgrenzung und Umschreibung des Streitgegenstandes, der in den folgenden Kapiteln große Aufmerksamkeit zu schenken ist, nicht dieselbe Rolle.

Die in der Lehre von der Rechtskraft im Gegensatz zur materiellen Rechtskraft unterschiedene formelle Rechtskraft bedeutet die Unanfechtbarkeit eines ergangenen Urteils. Wir müssen dabei allerdings von der Anfechtung eines Urteils mittels eines außerordentlichen Rechtsmittels absehen. Das Eintreten der formellen Rechtskraft bewirkt ja nur, daß dem Rechtsstreit, der sich durch verschiedene Instanzen gezogen haben mag, durch das Urteil der letztangegangenen Instanz insoweit ein Ende gesetzt ist, als daß keine weitere Anfechtung durch ordentliche Rechtsmittel mehr möglich ist¹. Das Eintreten der formellen Rechtskraft kann entweder durch Erschöpfung des Instanzenzugs oder durch Verzicht der Parteien auf weitere Anfechtung gegeben sein. Das Rechtsschutzinteresse der Parteien nach Überprüfung des Urteils durch eine übergeordnete Instanz ist in beiden Fällen durchaus befriedigt, im Rahmen der vom Prozeßrecht zur Verfügung gestellten Möglichkeiten wenigstens. Die Vollstreckung des Urteils kann ihren Lauf nehmen². Der formellen Rechtskraft fähig sind alle Endurteile, aber nur ein Teil der Zwischenurteile³. Wenn damit das Urteil weder aufgehoben noch mehr abgeändert werden kann, so ist notwendigerweise auch die in ihm getroffene rechtliche Entscheidung nicht mehr zu beseitigen⁴. Die formelle

¹ *Guldener*, a.a.O. Bd. 1. S. 253, *Goldschmidt*, a.a.O. S. 115, *Rosenberg*, a.a.O. S. 669.

² Doch gibt es auch gerichtliche Entscheidungen, die vollstreckt werden können, ohne daß sie in Rechtskraft erwachsen. *Rosenberg*, a.a.O. S. 670.

³ *Goldschmidt*, a.a.O. S. 115.

⁴ *Böttcher*, a.a.O. S. 94.

Rechtskraft hat also durchaus auch eine Wirkung auf die materielle Rechtslage zwischen den Parteien. Dies wurde nicht immer erkannt⁵.

II. Die materielle Rechtskraft

Trotz dem eben Angeführten steht die Rechtslage zwischen den Parteien über den Streitgegenstand nicht für alle Zeiten fest. Es kann das Urteil nämlich mit einem späteren Urteil in Konflikt geraten, sei es indem der Streitgegenstand nochmals neu vor ein Gericht gebracht wird – und hier natürlich nicht auf dem Wege der Rechtsmittel im Instanzenzug, sondern direkt und unabhängig vor ein Gericht erster Instanz –, sei es indem im späteren Prozeß zwischen den Parteien, der ein nicht identisches Rechtsbegehren entscheiden soll, Teile des ersten Prozesses neu aufgerollt werden. Hier handelt es sich jeweils nicht, wie bei der formellen Rechtskraft, um die Aufhebung, Abänderung oder den Widerruf des ersten Urteils, es besteht vielmehr eine Urteilkollision, die zu verhindern die materielle Rechtskraft berufen ist⁶. Es hat um sie manche Diskussion stattgefunden; um der hier vertretenen Auffassung der materiellen Rechtskraft eine nähere Begründung zu geben, muß kurz auf die Kontroversen eingegangen werden.

A) Das römische Recht

Im frühen römischen Prozeß geht nach dem Verfahren vor dem Prätor, im Zeitpunkt der Litiscontestation, das Klagrecht, das dem römischen Recht ganz allgemein als eine aus dem subjektiven privaten Recht fließende Befugnis zu dessen gerichtlicher Verfolgung, als ein bloßes Akzessorium zum materiellen Anspruch also⁷, erschien, unter⁸. Dafür entsteht dem Kläger mit der Erteilung der formula ein Recht auf Urteil; das Klagrecht ist durch Novation zum Urteilsanspruch geworden. Der Untergang des Klagrechts im Zeitpunkt der Litiscontestation bewirkt, daß nun ein neuerliches Anbringen der Klage

⁵ Nach Eintritt der formellen Rechtskraft kann also die getroffene Entscheidung nicht mehr widerrufen werden und nicht mehr geändert werden. Vgl. *Bötticher*, a.a.O. S. 94.

⁶ So auch *Rosenberg*, a.a.O. S. 674 f.

⁷ *Puchta*, a.a.O. S. 125.

⁸ *Planck*, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 4 arbeitet dies besonders klar hervor.

durch den Kläger unmöglich ist, sei es noch zur Zeit des Prozesses, sei es auch erst nach der Urteilsfällung. Diese Regelung wird etwa im Satze zusammengefaßt, daß die richterliche Gewalt sich nur einmal mit derselben Sache befasse⁹: *Bis de eadem re ne sit actio*¹⁰. Damit löste das altrömische Verfahren gleichzeitig sowohl das Problem des Nebeneinander als auch des Nacheinander gleicher Prozesse, es vermochte also, das Prinzip der Rechtshängigkeit wie auch das der materiellen Rechtskraft mit einem Grundsatz zu befriedigen¹¹. Durchgesetzt wurde das Verbot nochmaliger Verhandlung gleicher Sachen mit der *exceptio rei in iudicium deductae*. Im späteren Verfahren¹², als die Zweiteilung vor Prätor und Judex dahinfiel und demnach auch die Bedeutung der Litiskontestation schwand, behielt der Satz «*Bis de eadem re ne sit actio*» seine volle Bedeutung nur für das Endurteil, doch fließt er nicht mehr unmittelbar aus dem materiellen Recht, aus dem Untergang des zivilistischen Klagrechts insbesondere, sondern er wird zu einem selbständigen prozessualen Grundsatz¹³ zur Durchsetzung des Verbots nochmaliger Entscheidung, dem nach wie vor die *exceptio rei in iudicium deductae* Nachachtung verschaffte. Streng genommen war aber nur mehr die *res iudicata*, nicht aber die *res in iudicium deducta* (das ist nach heutigen Begriffen die rechtshängige Sache) innerlich durch das Prinzip «*Bis de eadem re ne sit actio*» begründet¹⁴. Trotzdem wohl auch für das Verbot nebeneinander hängiger identischer Prozesse die gleiche Bezeichnung für die *exceptio* beibehalten wurde¹⁵, war doch eine Zweiteilung, wie sie von da an immer erhalten geblieben ist, in Einrede der Rechtskraft und

⁹ *Planck*, a.a.O. S. 3 f.

¹⁰ Dieser Satz geht unmittelbar auf eine römische Quelle zurück, zitiert bei *Planck*, a.a.O. S. 5.

¹¹ War der Prozeß einmal hängig, Litiskontestation eingetreten, dann konnte er nicht mehr wiederholt werden, gleichgültig, ob in diesem Prozeß überhaupt ein Urteil erging oder nicht. Alles hing somit vom Zeitpunkt der Litiskontestation ab.

¹² *Planck*, a.a.O. S. 11 f.

¹³ *Planck*, a.a.O. S. 17.

¹⁴ Wenn nämlich das Klagrecht nicht mehr mit der Litiskontestation untergeht, sondern erst durch das Endurteil, so kann es bis zum Erlaß dieses Urteils noch anderweitig geltend gemacht werden. Das Verbot aber, gleichzeitig das Klagrecht mehrfach vor Gericht zu stellen, muß nun aus einem selbständigen prozessualen Grundsatz folgen, es erklärt sich nicht mehr durch den Untergang des materiellen Rechts.

¹⁵ *Planck*, a.a.O. S. 19 f.

Einrede der Rechtshängigkeit hier schon begründet, die sich auch als Zweiteilung des Verbots nochmaliger Verhandlung in Verbot nochmaliger Entscheidung und Verbot gleichzeitiger Verhandlung formulieren läßt¹⁶.

B) Die Entwicklung im gemeinen Recht

Der italienische und der kanonische Prozeß haben den Grundsatz des Verbots nochmaliger Entscheidung der gleichen Sache ins gemeine Recht hineingetragen. Im wesentlichen hielt man durchaus an der römischen Ausgestaltung fest, in der Verfeinerung und Weiterentwicklung einzelner Fragen, die hier nicht weiter verfolgt werden, erfolgten die notwendigen Anpassungen an die geänderten Rechtsverhältnisse¹⁷.

Auch die gemeinrechtliche Doktrin stand, ganz auf den Grundsatz der Parteimaxime ausgerichtet, der Betrachtung des Rechtskraftproblems unter dem Aspekt widersprechender Urteile durchaus fremd gegenüber. Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft wurden privatrechtlich aufgefaßt und auch im Privatrecht erörtert¹⁸. Erst mit dem Durchdringen der vermehrten öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise des Prozesses im letzten Viertel des vergangenen Jahrhunderts war der Weg für die prozessuale Auffassung der Wirkungen der materiellen Rechtskraft freigelegt. Indessen fand diese neue Anschauung nicht eine übereinstimmende Ausgestaltung bei den Lehrern des Prozeßrechts, einig war man sich nur in der Bekämpfung des römischrechtlichen Klagrechts, das dem materiellen Anspruch als Akzessorium beigegeben war. Die einen hielten zäh an den unmittelbaren Wirkungen der Rechtskraft auf die privatrechtlichen Ansprüche fest, die anderen versuchten, die dem rechtskräftigen Urteil eigenen prozessualen – und damit öffentlich-rechtlichen – Wirkungen darzutun. Auch heute noch ist der Streit der Meinungen nicht zu Ende gekommen. Wir müssen deshalb den beiden Auffassungen nachgehen und darlegen, welche von beiden unserer Aufgabe besser gerecht zu werden vermag.

¹⁶ In diesem Kapitel handeln wir nur vom Verbot nochmaliger Entscheidung. Über das Verbot nochmaliger, gleichzeitiger Verhandlung siehe folgendes Kapitel.

¹⁷ z. B. das Verhältnis zwischen der Entbindung von der Instanz, der absolutio ab instantia, des Zwischenurteils und der Prozeßabweisung. Vgl. dazu *Planck*, a.a.O. S. 283 f.

¹⁸ Vgl. die Darstellung bei *M. Brumann*, Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozeßrecht S. 18.

C) Die materiellrechtliche und die prozeßrechtliche Rechtskrafttheorie

Es entwickelte sich zunächst die materiellrechtliche Rechtskrafttheorie¹⁹. Ihr zufolge wird durch ein rechtskräftiges Urteil zwischen den Parteien das Rechtsverhältnis, um das der Streit ging, endgültig entschieden, und zwar, indem das Urteil entweder dem Kläger sein Begehren zuspricht und damit sein Recht schafft, oder aber, im Falle des Abweisens des klägerischen Begehrens, sein Recht untergehen läßt. Das rechtskräftige Urteil erzeugt oder vernichtet demnach Recht. Stimmt allerdings die durch das Urteil geschaffene Rechtslage mit der materiell richtigen, vorher bestandenen Rechtslage überein, so kann natürlich nicht davon gesprochen werden, daß das Urteil Recht erzeuge oder vernichte, es ist dann das Urteil bloß deklaratorisch. Wenn nun aber ein materiell unrichtiges Urteil ergeht, wenn der Kläger zu Unrecht abgewiesen wurde, oder der Beklagte zu Unrecht unterlag, so hat das Urteil doch neue Rechtslagen geschaffen, es wirkt konstitutiv. Daraus ist ersichtlich, daß die materiellrechtliche Rechtskrafttheorie von der monistischen Auffassung der Identität von subjektivem Recht und Urteilsinhalt ausgeht. Es ist leicht erklärlich, daß die Vertreter des Rechtsschutzanspruchs fast durchwegs auf dem Boden der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie stehen; auch sie gehen in ihren Betrachtungen – u. E. allzusehr – vom günstigen Urteil aus, auf das der Kläger einen Anspruch haben soll²⁰.

Eine prozeßrechtliche Auffassung mußte demgegenüber darauf hinweisen, daß die Wirkungen der Rechtskraft nur prozessuale seien, daß also ein Urteil, das in Rechtskraft erwächst, für die materielle Rechtslage zunächst nichts weiter bedeutet, als daß über die gerichtliche Geltendmachung bzw. Bestreitung der subjektiven Privatrechte in zustimmendem oder ablehnenden Sinne entschieden wurde. Erst mittelbar ergeben sich Rückwirkungen auf die materielle Rechtslage, indem ja einerseits ein zu Unrecht abgewiesener Anspruch des Klägers nun nicht mehr neu zur Entscheidung gestellt werden kann, praktisch also dahinfällt. Theoretisch allerdings besteht er noch, unter dem Gesichtspunkt seiner Erzwingbarkeit allerdings bloß als Naturalobligation²¹. Andererseits hat der siegreiche Kläger mit

¹⁹ Unter ihren Vertretern nennen wir *Kohler, Cöster, Pagenstecher, Heim*.

²⁰ Darüber oben S. 12.

²¹ So *Brumann*, a.a.O. S. 62.

seinem Urteil nun die Vollstreckbarkeit des Anspruches erzwungen.

Diese Darstellung der beiden Rechtskrafttheorien in ihren einfachsten Grundgedanken läßt erkennen, daß es sich um einen eher akademischen Streit der Meinungen handelt, der sich in der praktischen Anwendung der Rechtskraft kaum sehr bedeutsam zeigt²². Doch gerade für unser Problem entpuppen sich die beiden Ansichten doch als recht feindlich, sie vermögen zu zwiespältigen Folgerungen führen, deren Überprüfung uns zur Stellungnahme und zur Verwerfung der einen oder der andern Theorie zwingt.

D) Das Problem der widersprechenden Urteile in der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie

Getreu der Anschauung, daß im Rechtsstreit die Rechtslage zwischen den Parteien rechtsschöpferisch durch das Urteil festgelegt wird, muß das prozessuale Verbot einer jeden neuen Beurteilung des Streitgegenstandes durch einen späteren Richter in der Form des «Ne bis in idem»²³ der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie fremd sein. Das erste Urteil hat zwar über die Rechtslage entschieden, doch daraus folgt noch nicht, daß der Richter später nicht nochmals entscheiden dürfte. Als Ergänzung nun noch eine prozessuale Wirkung der Rechtskraft im Sinne eines «Ne bis in idem» anzuführen, schien den Vertretern der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie nicht nur wegen der römisch-rechtlichen Abstammung dieses Satzes (aus der Ausgestaltung des privatrechtlichen Klagerechts sich ableitend) verpönt, es schien diese ergänzende Wirkung der Rechtskraft ihnen auch durchaus unnötig. Denn wenn das rechtskräftige Urteil die Rechtslage ein für alle Mal festlegt, so hat sich der Richter des späteren Prozesses daran zu halten, er muß von diesem Urteil ausgehen und kann in seinem eigenen zweiten Urteil nur mehr die Feststellungen des ersten Urteils wiederholen. Die Wirkung der Rechtskraft äußert sich also für den späteren Richter im Gebot, das erste Urteil anzu-

²² *Guldener*, a.a.O. S. 271, Anm. 90 bemerkt dazu: «Wie man sieht, liegen die Theorien in ihren Folgerungen doch nicht so weit auseinander, als meistens behauptet wird, wie denn auch der Streit vorwiegend doktrinärer Natur ist.»

²³ So formuliert etwa *Böttcher* den im Strafrecht allgemein herrschenden Grundsatz des Verbotes nochmaliger Verhandlung auch für das Zivilprozeßrecht.

erkennen; anders ausgedrückt: im Verbot, abweichend zu entscheiden²⁴. Wie Bötticher²⁵ dazu bemerkt, läuft diese Anschauung darauf hinaus, daß das erste Urteil im späteren Prozeß bloßes Beweismittel ist, indem es die Rechtsbehauptung der einen Partei zu stützen oder die der andern zu entkräften vermag.

Das Verbot jeglicher abweichenden Beurteilung im späteren Prozeß zeigt einen schweren Mangel. Wenn ihm auch die Verhütung von widersprechenden Urteilen gelingen mag, so erfüllt es doch eine andere, wesentliche Forderung, die die Prozeßrechtswissenschaft an die materielle Rechtskraft stellt, nicht; die beliebige Wiederholung von Prozessen ist nämlich dadurch nicht ausgeschlossen. Die Prozeßökonomie gebietet, daß ein endgültig entschiedener Prozeß nicht nur die Rechtslage zwischen den Parteien ein für alle Mal festlegt, sie verlangt auch, daß dem Prozessieren ein Ende gesetzt sei. Nun kann ja der Richter, der zum zweiten Male mit dem gleichen klägerischen Rechtsbegehren angegangen wird, nicht den neuen Prozeß a limine zurückweisen, er ist nur gehalten, in seinem Urteil nicht anders als es das erste Urteil bestimmte, zu entscheiden. Wenn also der Kläger das erste Mal mit seinen Anträgen nicht durchdrang und im Urteil festgestellt wurde, daß seine Rechtsbehauptung nicht zutrifft, so kann der zweite Richter seine neue Klage nur durch Sachurteil als unbegründet abweisen.

Einzelne Autoren haben dieser unerwünschten Wiederholung von Prozessen dadurch abzuhelpen versucht, daß sie neben der Rechtskraftwirkung noch ein anderes Institut des Prozeßrechts heranzogen. Das zweite Verfahren soll nämlich verunmöglicht werden, indem dem Kläger für den zweiten Prozeß das Rechtsschutzinteresse abgesprochen wird. Sein Interesse an staatlichem Rechtsschutz wurde im ersten Prozeß vollständig befriedigt, er kann deshalb im zweiten Verfahren zum vornherein abgewiesen werden²⁶. Doch ist dieser Auffassung entgegenzuhalten, daß ein Kläger, der im ersten Prozeß abgewiesen wurde, sehr wohl noch ein Interesse an Rechtsschutz hat, das Interesse nämlich, die Klage zu wiederholen; ebenso wie der

²⁴ M. Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, S. 341 ff.

²⁵ a.a.O. S. 142.

²⁶ Das Rechtsschutzinteresse erscheint dabei als Prozeßvoraussetzung. Liegt es nicht vor, so weist der Richter demnach die Klage als unzulässig ab. Es muß dann die Rechtskraft des ersten Urteils nicht mehr besonders geltend gemacht werden.

Beklagte, der im ersten Prozesse unterlag und nun seinerseits als Kläger mit dem gleichen Begehren²⁷ auftritt.

Die Verteidiger des Rechtsschutzinteresses als Mittel zur Verhütung mehrerer Prozesse stehen auf dem Boden der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, die allgemein nur den siegreichen Kläger – nur er hat ja einen Anspruch auf Rechtsschutz im Sinne dieser Lehre²⁸ – in den Vordergrund ihrer Betrachtungen stellt und so an den prozessualen Gegebenheiten vorbeigeht²⁹. Somit kommen wir zum Schluß, daß die materiellrechtliche Rechtskrafttheorie nicht geeignet ist, eine vollständige und sowohl der Verhütung von widersprechenden Urteilen als auch dem Gebot nach Prozeßökonomie dienliche Lösung zu geben.

E) Das Problem der widersprechenden Urteile in der prozeßrechtlichen Rechtskrafttheorie

1. Die älteren Theorien

Mit der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie gingen die ersten Vertreter der prozessualen Wirkung der Rechtskraft insoweit einig, als sie das römisch-rechtliche private Klagerecht und den ihm entsprechenden Satz des «Ne bis in idem» strikte ablehnten. Auch sie behaupteten, daß ein Verbot der nochmaligen Beurteilung schlechthin nur eine Seite der Rechtskraftwirkungen, nämlich die negative, von der aus die Rechtskraft als negative Prozeßvoraussetzung erschien³⁰, berücksichtige. Darüber hinaus sei aber eine positive Wirkung der Rechtskraft anzunehmen, die Wirkung nämlich, die das rechtskräftige Urteil auf spätere Urteile (auf den späteren Richter) zu zeitigen vermöge³¹. Es wird von ihnen zwar abgelehnt, daß das Urteil Recht schaffe und demnach der spätere Richter die endgültig geschaffene Rechtslage zwischen den Parteien deshalb anerkennen müsse, weil

²⁷ Die Vertauschung der Parteirollen hindert die Identität der Prozesse nicht. Die Rechtskraft greift deshalb durch.

²⁸ Vgl. oben S. 12 f.

²⁹ Der Kläger kann eine Klage erheben, ohne daß ihm ein materieller Anspruch zukommt. Vgl. dazu oben S. 12 f.

³⁰ Diese Kritik an der römisch-rechtlichen Auffassung finden wir bei *Stein-Jonas*, Kommentar § 322 II 1.

³¹ *Stein*, a.a.O. § 322 II 3 definiert die Rechtskraft: «Das wahre Wesen der Rechtskraft liegt vielmehr darin, daß der Richter des zweiten Prozesses an diejenigen Entscheidungen gebunden ist, die das Urteil enthält.»

das erste Urteil die außerprozessuale materielle Rechtslage geschaffen habe. Doch kommen sie nicht umhin, eine mittelbare Wirkung des ersten Urteils auf die materielle Rechtslage in dem Sinne anzunehmen, daß der zweite Richter an das erste Urteil gebunden ist. Dieser Ausdruck Bindung erscheint denn auch bei ihnen im Mittelpunkt der Betrachtung. Die Bindung des zweiten Richters stellt die positive Wirkung der Rechtskraft dar³². Wenn wir uns aber vergegenwärtigen, was der Unterschied zwischen dieser Bindung des zweiten Richters und dem von der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie behaupteten Verbot der abweichenden nochmaligen Entscheidung ist, so müssen wir erkennen, daß es sich im wesentlichen doch nur um einen Streit um den sprachlichen Ausdruck handelt. Auch das Verbot der abweichenden Entscheidung ist ja die Bindung des zweiten Richters an den Urteilsinhalt des ersten Prozesses. Nur darüber, wie diese Bindung erklärt werden soll, war man sich ja nicht einig; ob sie also eine Folgerung der prozessualen Grundsätze oder die unmittelbare Wirkung des Urteils auf die außerprozessuale materielle Rechtslage sei. Wie Bötticher eingehend darlegt³³, hat sich die prozeßrechtliche Rechtskrafttheorie der materiellrechtlichen soweit genähert, daß erstere im wesentlichen die angestrebte Befreiung des Prozeßrechts von der monistischen Doktrin preisgab.

2. Die neuen Lehren

In seinem bedeutsamen Werk «Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß» kommt Bötticher nach Darstellung der bisherigen Anschauungen zu folgender Problemstellung über die Verhütung widersprechender Urteile mittels der materiellen Rechtskraft³⁴. Es gibt logisch nur zwei Möglichkeiten der Ausgestaltung der materiellen Rechtskraft:

a) Das Verbot einer neuerlichen Beurteilung der gleichen Streitsache schlechthin, ausgedrückt durch den Satz: *Ne bis in idem*. Es ist zu bemerken, daß neben dem römischen Recht auch das moderne Strafrecht die Rechtskraftwirkungen durchaus unter diesem Aspekt betrachtet.

³² So Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, S. 776 f.

³³ Bötticher, a.a.O. S. 139 ff.

³⁴ Bötticher, a.a.O. S. 128.

b) Das Verbot der abweichenden Beurteilung im späteren Verfahren. Die zweite Klage wird als unbegründet abgewiesen.

Beide Auffassungen der materiellen Rechtskraft vermögen zu verhüten, daß ein Kläger, der bereits ein Urteil im günstigen oder ungünstigen Sinne erlangt hat, ein zweites Urteil zu erringen vermag, das dem ersten widerspricht³⁵.

Der Einwand, daß der Satz «Ne bis in idem» nur die negative Wirkung der Rechtskraft ausdrücke, muß zurückgewiesen werden. Die negative Funktion der Rechtskraft stellt sich als das Verbot nochmaliger Entscheidung der gleichen Streitsache dar, sie ist die prozessuale Konsumtion, die Abwendung einer neuerlichen Geltendmachung im Prozeß. Die positive Funktion ihrerseits soll nun ein weiteres zur Geltung bringen: die Bindung des späteren Richters an den Inhalt des ersten Urteils. Darin glaubte man, neben der bloßen Abwehr einer nochmaligen Geltendmachung eines bereits beurteilten subjektiven Rechts eine andere wichtige Wirkung der materiellen Rechtskraft zu erblicken. Von der gemeinrechtlichen Auffassung des privaten Klagerechts aus schien dies sehr begründet; denn nur mit dieser positiven Funktion konnte man verhüten, daß beispielsweise nach dem siegreichen Durchdringen eines klägerischen Anspruchs der Beklagte nun seinerseits den gleichen Anspruch geltend machte. Wenn also der Kläger im ersten Prozeß eine Sache mit der rei vindicatio vom Beklagten erstritt, so mußte die Rechtskraft dieses Urteils bewirken, daß nun der Beklagte mit einer neuen rei vindicatio nicht die Sache vom Kläger zurückfordern konnte. Das Verbot Ne bis in idem hätte dies nicht verhüten können, solange man an der Doktrin des privaten Klagerechts festhielt, denn es war ja nur das Klagerecht des Klägers durch das erste Verfahren untergegangen, indem sein Anspruch auf die Sache gerichtlich bekräftigt worden war. Das Klagerecht des unterlegenen Beklagten aber – das auch in einer bloßen Klagemöglichkeit sich darstellen kann – war durchaus nicht konsumiert, gegen ihn konnte das Ne bis in idem nicht wirken. Demnach mußte eine positive Funktion, die Anweisung und die Verpflichtung an den Richter, den Inhalt des erstergangenen Urteils zum Maßstab seines Urteils zu nehmen und also den nunmehrigen Kläger und früheren Beklagten mit seinem Begehren abzuweisen,

³⁵ Voraussetzung dafür ist, daß die Streitgegenstände in beiden Prozessen identisch sind oder einander doch zu präjudizieren vermögen.

weil ein erstes Urteil schon über den Streitgegenstand entschieden, begründet erscheinen³⁶.

Diese Ansicht fällt aber in jenem Augenblick in sich zusammen, in dem das *Ne bis in idem* nicht mehr bloß den Untergang des klägerischen Klagrechts darstellt, sondern das prozessuale Verbot, einen identischen Streitgegenstand nochmals zu beurteilen. In dieser Form wirkt das *Ne bis in idem* nicht nur der Partei gegenüber, die den ersten Prozeß als Kläger führte, sondern es gilt das Verbot auch für die andere Partei, auch für den Richter selbst³⁷.

Zu dieser Auffassung des *Ne bis in idem* vermochte sich aber die materiellrechtliche Rechtskrafttheorie nicht durchzuringen, so wenig wie die prozeßrechtlichen Theorien der Rechtskraft; denn auch sie waren in der Verwerfung des privaten Klagrechts und der Klagenkonsumtion durchaus einig.

Damals hatte man sich eben vom gemeinrechtlichen Denken so sehr abgewendet, daß jede Erwähnung des Satzes *Ne bis in idem* von vorneherein als Rückfall in längst überholte Anschauungen schien³⁸.

Demgegenüber hatte schon Schwartz³⁹ gefordert, daß die Wirkung der materiellen Rechtskraft gleich wie im Strafprozeß auch im Zivilprozeß erschöpfend durch das Verbot jeder nochmaligen Beurteilung identischer Streitgegenstände ausgedrückt werde. Seine Gedankengänge hat Bötticher übernommen und in entscheidender Weise weitergeführt. Auch Rosenberg hat sich in den neueren Auflagen seines Lehrbuches⁴⁰ den Überlegungen Böttichers und dem Verbot *Ne bis in idem* angeschlossen. Alle drei stehen an sich auf dem Boden der prozessualen Rechtskrafttheorie. Doch haben sie diese konsequenter ausgebaut⁴¹.

Wir müssen nun, um eine eindeutige Konfrontation der Lehren zu gewinnen, im einzelnen unterscheiden zwischen der nochmaligen Verhandlung identischer Streitgegenstände (an diesen Fall hielten

³⁶ Vgl. dazu die Auseinandersetzung bei *Bötticher*, a.a.O. S. 132 f.

³⁷ Daß auch der Richter an diesen Satz gebunden ist, führt dazu, daß die Geltendmachung eines rechtskräftigen Urteils in einem späteren Verfahren von Amtes wegen erfolgen muß.

³⁸ *Bötticher*, a.a.O. S. 132.

³⁹ *J.C. Schwartz*, Absolute Rechtskraft und heutiges deutsches Recht.

⁴⁰ *Rosenberg*, a.a.O. S. 674 ff., insb. 678.

⁴¹ *Bötticher*, a.a.O. S. 145: «Die prozessuale Theorie muß prozessualer werden, wenn sie sich durchsetzen soll!»

wir uns bisher ausschließlich) und zwischen jenen Fällen, in denen die Streitsache des ersten Prozesses später nicht mehr in seinem vollen Umfang neu zur Beurteilung gestellt wird, sondern lediglich als Grundlage für ein zweites Verfahren mit geänderten Rechtsbegehren dienen soll. Letzteres ist etwa die Frage, in welchem Maße die Rechtskraft eines Feststellungsurteils über das Eigentum an einer Sache einen späteren Vindikationsprozeß zu beeinflussen vermag.

F) Die Rechtskraftwirkung bei identischen Prozessen

Im gemeinrechtlichen Denken konnten identische Streitgegenstände, die mehrere Male zur Beurteilung zu stellen das Ne bis in idem verbot, nur jene Fälle bedeuten, in denen der Kläger, siegreich oder unterlegen, seine Rechtsbehauptungen neuerdings vor Gericht zu bringen versuchte.

Die Loslösung vom actionenrechtlichen Klagrecht gestattete aber, Identität auch dort anzunehmen, wo eine Vertauschung der Parteienrollen stattgefunden hatte. Im weiteren ist Identität der Streitgegenstände auch gegeben, wenn im zweiten Verfahren nur ein Teil der Rechtsbehauptungen wiederholt wird und keine neuen dazu kommen. So etwa muß eine Feststellungsklage, die nach der Beurteilung einer Leistungsklage über das gleiche Objekt erhoben wird, mit dieser letzteren als identisch betrachtet werden. Denn die zuerst entschiedene Leistungsklage enthält schon die im zweiten Prozeß angestrebte Feststellung. Präzisierend müssen wir hier aber beifügen, daß, wie wir dies bei der Behandlung des Begriffes des Streitgegenstandes darlegten, die in der Leistungsklage enthaltene Rechtsbehauptung auf Feststellung mit der Rechtsbehauptung der späteren Feststellungsklage identisch sein muß. Wenn also etwa im ersten Prozeß Herausgabe der Sache gefordert wurde mit der Begründung, auf Grund dieser oder jener Tatsachen die Sache ersessen zu haben, so ist eine spätere Feststellungsklage, in der der Beklagte sein Eigentum an der Sache geltend machen will, weil er die Sache inzwischen durch Kauf erworben habe, nicht identisch mit der Leistungsklage des Erstklägers.

Die genaue Bestimmung des Streitgegenstandes ist demnach auch für die materielle Rechtskraftwirkung erforderlich. Indessen verhalten sich die Dinge nicht wie bei der Rechtshängigkeit. Es werden nicht eigentlich zwei Streitgegenstände miteinander verglichen, sondern es wird der Streitgegenstand des späteren Prozesses am Inhalt des

Urteils des ersten Prozesses gemessen. Denn die materielle Rechtskraft hat zum Gegenstand nicht die von den Parteien im Prozeß erhobenen verschiedenen Rechtsbehauptungen und angeführten Tatsachen, sie entfaltet ihre Wirkungen vielmehr nur über die im Urteil ausgesprochenen Rechtsfolgen. Die Entscheidungsgründe sind zwar für das Urteil die logischen Voraussetzungen, sie nehmen aber an der Rechtskraft nicht teil⁴². Die Gegenüberstellung der im Urteil ausgesprochenen Rechtsfolgen mit den Rechtsbehauptungen des Klägers im späteren Prozeß erlaubt aber durchaus die Feststellung der Identität.

Nach der materiellrechtlichen Theorie der Rechtskraft hat nun der Richter die neuerliche Klage, werde sie nun durch den Erstkläger oder durch den Beklagten des ersten Prozesses erhoben, als unbegründet abzuweisen. Nach dem strikten Verbot des *Ne bis in idem*, wie es von Bötticher gefordert wird, muß der Richter die späteren Klage als unzulässig abweisen.

Diese einfachen Folgerungen der beiden Theorien können aber noch nicht bestimmend sein, der einen oder der anderen den Vorzug zu geben. Dies muß uns aber die Konfrontation der beiden Auffassungen beim Problem der Wirkung der Rechtskraft auf nicht identische, bloß im Verhältnis der einander bedingenden oder auf einander aufbauenden Prozesse mit Deutlichkeit ermöglichen.

G) Die Rechtskraftwirkung bei nicht identischen Prozessen

Häufig wird sich in der Praxis die Frage stellen, wie in einem Prozeß, der in irgendeiner Weise auf das Urteil eines früheren, verwandten Prozesses zurückgreift, die Rechtskraft wirkt.

Die Rechtsfolgen des ersten Urteils können dabei im späteren Prozeß erneut in einer oder mehreren der verschiedenen Rechtsbehauptungen des Klägers erscheinen, sie können aber auch bloß als die neuen Rechtsbehauptungen des Klägers begründend oder – vom Beklagten aus gesehen – widerlegend auftreten.

1. Für den ersteren Fall diene etwa folgendes Beispiel: Im ersten Urteil wurde ein Kläger mit seiner Behauptung, Zinsforderungen aus einem Darlehen an den Beklagten zu haben, abgewiesen. Die Begründung des Urteils verneinte das Bestehen des Darlehens überhaupt. Nunmehr erhebt der Kläger neuerdings Klage auf Rückerstattung des Darlehens samt den aufgelaufenen Zinsen. Das erste

⁴² Guldener, a.a.O. Bd. 1. S. 255.

Urteil enthielt nur die Ablehnung des klägerischen Anspruchs auf Zinsguthaben unter seinen Rechtsfolgen. Die das Urteil begründende Verneinung des Bestandes des Darlehens überhaupt gehört nicht zu den Rechtsfolgen des Urteils, sie erwächst nicht in Rechtskraft. Somit steht der neuen Klage auf Einforderung der Kapitalsumme die Rechtskraft des ersten Urteils nicht entgegen. Wohl aber muß der zweite Richter bei seiner Entscheidung über den Zinsanspruch das rechtskräftige erste Urteil berücksichtigen.

Die materiellrechtliche Rechtskrafttheorie müßte etwa folgendermaßen überlegen: Das erste Urteil hat die Zinsforderung aberkannt und damit außerprozessual den Zinsanspruch als nicht bestehend erklärt. Davon muß der zweite Richter ausgehen. Er trifft über die Kapitalforderung eine Entscheidung, ebenso aber bestätigt er auch in einem Sachurteil, daß der Zinsanspruch nicht besteht. Grund für das Nichtbestehen des Zinsanspruchs ist das erste Urteil. Wir kommen nicht umhin, bei dieser Überlegung das erste Urteil lediglich als Beweismittel für das zweite, den Zinsanspruch ablehnende Urteil anzunehmen⁴³.

Die prozessuale Theorie in der älteren Ausgestaltung bindet den Richter an das erste Urteil. Diese Bindung kann nun aber nichts anderes bedeuten, als daß der Richter anerkennt, daß das erste Urteil eine materiellrechtliche Wirkung in dem Sinne ausübt, daß der Zinsanspruch als nichtbestehend erklärt wird. Diese Bindung führt zur neuerlichen Abweisung des klägerischen Anspruchs auf Zinsforderung. Diese prozessualen Theorien zeigen also im wesentlichen doch genau die gleichen Auswirkungen, vor allem aber auch eine genau gleiche Auffassung der Rechtskraftwirkung des ersten Urteils auf das zweite. Dies eben hält Bötticher den älteren Vertretern der prozessualen Rechtskrafttheorie entgegen: sie unterscheiden sich nicht von der materiellrechtlichen Auffassung⁴⁴.

Das strikte Verbot der nochmaligen Verhandlung aber löst unser Beispiel rein prozessual: Über den Zinsanspruch wurde schon entschieden, es muß deshalb der Richter des zweiten Prozesses zum vorneherein die neuerliche Geltendmachung verhindern. Nicht durch ein Sachurteil wird der Kläger mit der Zinsforderung abgewiesen, sondern seine Rechtsbehauptung wird gar nicht zur Beurteilung

⁴³ Bötticher, a.a.O. S. 142.

⁴⁴ a.a.O. S. 145.

zugelassen. Sie wird als unzulässig aus dem Prozeß ausgeschieden⁴⁵. Der Richter beschränkt die Verhandlungen auf die klägerische Forderung der Kapitalsumme. Dies ist nun im Interesse der Prozeßökonomie die dienlichste Lösung. Der Beklagte muß nicht noch einmal seine Verteidigungsmittel gegen den Zinsanspruch geltend machen, der Richter muß nicht nochmals ein Urteil darüber fällen, wobei doch von allem Anfang an der Inhalt dieses Urteils schon zwingend bestimmt ist durch die Aberkennung der Zinsforderung im ersten Prozeß.

Dieses Beispiel gibt uns aber noch einen weiteren Aspekt des nicht einfachen Verhältnisses zwischen Rechtskraft und Verhütung widersprechender Urteile. Wie nämlich, wenn im zweiten Verfahren der Rechtsbehauptung des Klägers, auf Rückerstattung des Darlehens Anspruch zu haben, stattgegeben wird? Das erste Urteil über die Zinsforderungen gründete auf der Ablehnung des Bestehens des Darlehens. Ein zweites Urteil, die Kapitalforderung bejahend, enthält die Feststellung, daß das Darlehen zu Recht bestehe. Es liegen also zwei widersprechende Äußerungen der richterlichen Gewalt über die gleiche Rechtslage vor. Die erstere findet sich nur in der Urteilsbegründung, sie wächst nicht in Rechtskraft. Demnach ist die zweite, widersprechende Äußerung nicht zu verhindern. Kann diese Situation gerechtfertigt werden, oder müssen wir nach einem prozessualen Behelf suchen, der diesen Widerspruch ausschließt?

Wer sind der Ansicht, daß ein derartiger Widerspruch, der wohl das Ansehen der staatlichen Autorität und in geringem Maße auch die Rechtssicherheit zu beeinträchtigen vermag, hingenommen werden muß. Grund dafür ist, daß der Zivilprozeß in seiner Grundstruktur eben nicht ein Inquisitionsverfahren ist, in dem die *Offizialmaxime* allein herrscht, sondern daß der Parteibetrieb die Möglichkeit derartiger Widersprüche, die nicht das Ausmaß des Widerspruchs zwischen zwei gegensätzlichen Urteilen annehmen und keinerlei Vollstreckungsschwierigkeiten bereiten, mit sich bringt. Solche Widersprüche müssen in Kauf genommen werden, will man nicht die Rechtsschutzbedürfnisse der Parteien sehr empfindlich kürzen. Guldener bemerkt zu einem ganz ähnlichen Beispiel⁴⁶, daß die Parteien

⁴⁵ *Rosenberg*, a.a.O. S. 679, *Bötticher*, a.a.O. S. 202. Es ist dabei natürlich immer vorausgesetzt, daß sich die materielle Rechtslage nicht geändert hat.

⁴⁶ a.a.O. Bd. 1. S. 255, Anm. 26.

um die Möglichkeit gebracht würden, einen Prozeß nach allen Richtungen durch eine Rechtsmittelinstanz überprüfen zu lassen, wenn die bloß begründenden Feststellungen des ersten Urteils in Rechtskraft erwachsen würden⁴⁷. Insbesondere treffen hier auch die Ausführungen Guldener's zu⁴⁸, daß das erste rechtskräftige Urteil eine ganz unverhältnismäßige Bedeutung erlangt, wenn die Begründungen dieses Urteils rechtskräftig würden. Das erste Urteil, das den Zinsanspruch verneinte, erging in einem Prozeß von geringem Streitwert. Es ist nun die Überlegung nicht abzuweisen, daß in diesem Falle die Parteien ein weit geringeres Maß an Sorgfalt und Aufwand anzuwenden pflegen, als bei einem Prozeß, der zugleich auch um die Forderung auf den unverhältnismäßig größeren Kapitalbetrag geht. Den ersten Prozeß haben Kläger und Beklagter vielleicht ohne Anwalt geführt, im zweiten Prozeß aber erscheint ihnen dies nicht verantwortlich. Oder die Parteien haben im ersten Prozeß aus Rücksicht auf die hohen Kosten umfassende Beweiserhebungen nicht ange stellt, im zweiten Verfahren aber zwingt sie der hohe Streitwert dazu. Würde also die Begründung des ersten Urteils, daß das Darlehen nicht bestehe, in Rechtskraft erwachsen, so müßte das die Parteien veranlassen, schon im ersten Prozeß keine Mühen und Kosten zu scheuen, um alle Verteidigungs- und Beweismittel einzubringen, auch wenn der Streitwert des ersten Prozesses unverhältnismäßig gering ist, denn sie müßten ja mit der Möglichkeit rechnen, daß in einem späteren Verfahren das erste Urteil samt seiner Begründung präjudizierend wirke.

Es muß deshalb hingenommen werden, daß durch den zweiten Prozeß, der das Darlehen als zu Recht bestehend anerkennt, zugleich das Urteil des ersten Prozesses in gewissem Sinne desavouiert wird.

Viel stoßender ist nun aber bei gleicher Sachlage dieser Widerspruch, wenn nach der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie im zweiten Urteil zwar die Darlehenssumme anerkannt, doch im gleichen Urteil der Zinsanspruch verneint werden müßte, obwohl, materiellrechtlich gesehen, der Zinsanspruch doch mit der Anerkennung der Kapitalforderung ebenfalls zu Recht besteht.

⁴⁷ Wir sprechen hier allerdings nicht vom Verhältnis mehrerer einander übergeordneter Gerichte, deren eines die Entscheidung des andern überprüft.

⁴⁸ a.a.O. Bd. 1. S. 225, Anm. 27.

Hier verwickelt sich diese Theorie in einen Widerspruch. Durch das erste Urteil wurde der Zinsanspruch materiellrechtlich als nicht bestehend erklärt, was im zweiten Urteil bestätigt werden muß. Andererseits bringt die nunmehr durch Urteil anerkannte Kapitalforderung doch die materiellrechtliche Anerkennung des Zinsanspruches mit sich!

Das Verbot *Ne bis in idem* aber, das nur prozessuale Wirkungen der Rechtskraft behauptet, und die wirkliche materiellrechtliche Lage außer Betracht läßt, zeigt sich hier konsequent. Ob mit dem zweiten Urteil materiellrechtlich auch der Zinsanspruch begründet sei oder nicht, bleibt ihr gleichgültig. Sie sagt dem Kläger bloß: Du hast den Zinsanspruch bereits geltend gemacht im ersten Prozeß, mehr als einmal befaßt sich aber die Rechtspflege nicht mit der gleichen Rechtsbehauptung, also kannst Du nun den Zinsanspruch nicht noch einmal vor Gericht bringen. Dein Rechtsschutzinteresse ist befriedigt, denn Du hast die Gelegenheit, eine gerichtliche Überprüfung Deines Anspruchs zu verlangen, ergriffen und es ist Dir auch Recht gesprochen worden. Daß Du dabei nicht alle Vorkehrungen zur Durchsetzung Deines Anspruchs getroffen hast, ist Dein Fehler. – Über den Kapitalanspruch aber wird ohne weiteres entschieden, denn dieser war noch nicht Gegenstand eines Prozesses.

Hieraus erkennen wir, daß die strenge Durchführung des *Ne bis in idem* nicht bloß prozeßökonomischer ist, sondern daß sie vor allem auch logisch eindeutiger und widerspruchsfrei bleibt.

2. Wenn die Rechtsbehauptungen des Klägers im zweiten Prozeß nur insofern auf den ersten Prozeß zurückgreifen, als er sie mit dem Urteil des ersten Prozesses zu begründen sucht, oder daß der Beklagte sie mit dem ersten Urteil widerlegen will, spricht man etwa von der präjudizierenden Wirkung des ersten Urteils auf das zweite Verfahren. Als Beispiel gehen wir etwa davon aus, daß im ersten Prozeß der Kläger ein Urteil erstritt, das die Feststellung seines Eigentums an der Sache X aussprach. Im zweiten Verfahren fordert er nunmehr die Sache dem Beklagten mit der *rei vindicatio* ab. Hier nun insbesondere erkannte die materiellrechtliche Theorie der Rechtskraft die positive Funktion der Rechtskraft. Es dürfe nämlich im zweiten Prozeß der Kläger nicht einfach abgewiesen werden, weil er bereits ein günstiges Urteil erstritten habe, weil eine nochmalige Geltendmachung seiner Rechtsbehauptung durch den Satz *Ne bis in idem*

ausgeschlossen sei⁴⁹. Dieses immer wieder angeführte Beispiel krankt aber, wie sogleich zu bemerken ist, daran, daß ja gar nicht identische Streitgegenstände in beiden Prozessen vorliegen⁵⁰. Demnach kann das Verbot Ne bis in idem auch nicht in der Form eines Verbotes des zweiten Prozesses durchgreifen. Daß sich eben das Verbot der nochmaligen Verhandlung nur auf gleiche Streitgegenstände bezieht, wurde von den Vertretern der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie nicht genügend erkannt. Der Satz Ne bis in idem schließt in unserem Beispiel den zweiten Prozeß nicht aus.

Die sogenannte positive Funktion der Rechtskraft – die die Gegner des Ne bis in idem vertreten – äußert sich hier im zweiten Verfahren in dem Sinne, daß der Richter über das Leistungsbegehren wohl entscheiden darf, daß er aber dabei die Feststellung des Eigentums des Klägers an der Sache X nicht in Frage stellen darf. Dieses ist durch das erste Urteil bereits festgestellt, es ist – getreu der materiellen, außerprozessualen Wirkung der Rechtskraft – materiellrechtlich endgültig «geschaffen». Der Richter stellt in seinem zweiten Urteil also nur fest, daß das Eigentum an der Sache auf Grund des ersten Urteils bestehe, darüber hinaus entscheidet er noch über die Herausgabe der Sache. Auch hier ist das erste Urteil in seinen Wirkungen einem Beweismittel für den spätern Prozeß gleich. Kann nun die strenge Durchführung des Verbots nochmaliger Entscheidung, die ja schon in den Worten vorab eine Abwehr, eine negative Wirkung anzeigt, eine gleichwertige «Bindung» des Richters des zweiten Verfahrens erzielen?

Der Richter des zweiten Prozesses steht dieser Auffassung nach vor folgender Situation: Über die Feststellung des Eigentums wurde bereits entschieden. Diese Rechtsbehauptung kann der Kläger nicht mehr in den Prozeß einführen. Doch tritt er nunmehr ja mit einer neuen, ganz verschiedenen Rechtsbehauptung auf: Ist der Beklagte nicht zur Herausgabe der Sache anzuhalten, an der ich Eigentum habe? Diese Rechtsbehauptung kann der Richter durchaus überprüfen. Hingegen muß er aber den Beklagten, der etwa durch die Widerklage das Eigentum des Klägers an der Sache bestreiten wollte, abweisen; diese Widerklage ist unzulässig, weil ihr Streitgegenstand

⁴⁹ Hier ist dann der Ausgangspunkt für die von diesen Autoren vertretene «Bindung» des Richters.

⁵⁰ Vgl. oben S. 25 f.

bereits entschieden wurde. Über die Feststellung des Eigentums wird nicht mehr verhandelt.

Nach der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie aber könnte die Widerklage des Beklagten nicht als unzulässig abgewiesen werden. Es müßte seinen vorgebrachten Beweismitteln Beachtung geschenkt werden, es müßte der Richter im Urteil darüber entscheiden. Da er aber an das Urteil des ersten Prozesses gebunden ist, ist dieses Urteil auch hier von vorneherein inhaltlich bestimmt. Der Richter weiß bei Erhebung der Widerklage durch den Beklagten, daß er in seinem Urteil das Eigentum des Klägers bestätigen muß, an dieser Bindung können alle vorgebrachten Behauptungen und Beweise des Beklagten nichts ändern.

Wir ziehen daraus den Schluß, daß das Ne bis in idem in gleicher Weise die positive Funktion der Rechtskraft zu bewerkstelligen vermag, daß diese positive Funktion gar mit der negativen Funktion identisch ist, indem sie nur eine Umkehrung der Betrachtungsweise darstellt⁵¹. Im weiteren aber ist das Verbot der nochmaligen Entscheidung auch hier prozeßökonomischer, indem dadurch unnötige – unnötig deshalb, weil sie keinerlei neue Wirkungen zu erzeugen vermögen – Verhandlungen und Beweiserhebungen zum vorneherein abgeschnitten werden.

Anhand dieses Beispiels vermögen wir nun zu entscheiden, ob nicht schon das Fehlen eines Rechtsschutzinteresses die zweite Verhandlung über den präjudiziell bereits entschiedenen Streitgegenstand verhöte. Bekanntlich behaupteten die Vertreter der materiellrechtlichen Rechtskrafttheorie, die Unzulänglichkeiten die das Verbot der abweichenden Entscheidung im späteren Prozeß mit sich bringt (indem das Begehren des Klägers nicht einfach als unzulässig abgewiesen werden kann, sondern ein Sachurteil ergehen muß) mit der Anfüh-

⁵¹ Bötticher, a.a.O. S. 167 f. Rosenberg a.a.O. S. 680. W. Sauer, Zum Streit um die materielle Rechtskraft, S. 316 hält Böttichers Ausführungen entgegen, daß das Ne bis in idem nur die negative Funktion der Rechtskraft ausmache, indem es den Grundsatz der Einmaligkeit des Verfahrens ausspreche. Die Einmaligkeit des Verfahrens aber erschöpfe das Wesen der Rechtskraft nicht, sie sei vielmehr ein bloßes Gebot der Prozeßökonomie, wie es auch bei der Rechtshängigkeit und bei anderen Prozeßinstituten gelte. Doch ist Sauer wohl zu erwidern, daß der Grundsatz der Einmaligkeit im Prozeßrecht nicht nur ein Postulat der Prozeßökonomie ist, sondern auch der Vermeidung widersprechender Urteile. Der Grundsatz der Einmaligkeit ist ein Postulat des Prozeßrechtes, das die Rechtskraft zu verwirklichen sucht.

rung der außerhalb der Rechtskraft liegenden Voraussetzung eines Rechtsschutzinteresses beseitigen zu können. In der Tat könnte in unserem Falle der Kläger ohne weiteres abgewiesen werden, wenn er nach dem ersten Prozeß neuerdings die Feststellungsklage auf Anerkennung seines Eigentums an der Sache X erheben wollte, weil ihm dazu jegliches Rechtsschutzinteresse fehlt. Kann nun aber, falls der Kläger im zweiten Verfahren die Leistungsklage anhebt, der das Eigentum schlechthin bestreitenden Widerklage des Beklagten entgegengehalten werden, daß sie unzulässig sei aus Mangel an Rechtsschutzinteresse? Ein solches ist doch hier gegeben, der Beklagte und Widerkläger hat ein berechtigtes Interesse, die Sache X als sein Eigentum feststellen zu lassen. Es erhellt daraus, daß das Rechtsschutzinteresse eben nur dann mangelt, wenn derjenige, der nochmals einen Rechtsstreit über denselben Streitgegenstand führt, das erste Mal siegreich war⁵². Höchstens könnte man hier dem Beklagten entgegenhalten, daß er sein Interesse an Rechtsschutz, sein Rechtsschutzbedürfnis genauer, verwirkt habe, weil er ja im ersten Prozeß bereits Gelegenheit hatte, die Frage des Eigentums an der Sache X gerichtlich zu verfolgen. Die Verwirkung des Rechtsschutzbedürfnisses aber ist nur ein anderer Name für die Wirkung des Verbotes *Ne bis in idem*. Denn der Satz, daß der Staat nur einmal über eine Streitsache entscheide enthält eben diese Feststellung, daß im Falle, in dem die Parteien diese einmalige Geltendmachung ihrer Rechtsbegehren im Prozeß bereits durchgeführt haben, ihr Rechtsschutzbedürfnis in bezug auf diese Rechtsbegehren befriedigt und somit erledigt sei.

In neuerer Zeit hat sich die Lehre des *Ne bis in idem*, wie sie Schwartz und Bötticher für den Zivilprozeß postulierten, bei einigen Autoren durchgesetzt⁵³.

H) Weitere Folgerungen der prozessualen Auffassung der Rechtskraft

Wenn wir der Auseinandersetzung der verschiedenen Auffassungen der materiellen Rechtskraft etwas breiteren Raum gewährten, so haben wir nun daraus eine sichere Stellungnahme beziehen können, die uns zugleich die Ausgangslage für die weiteren Folgerungen und Wirkungen der Rechtskraft in einfacher Weise gibt.

⁵² Bötticher, a.a.O. S. 208.

⁵³ Zitiert bei Rosenberg, a.a.O. S. 678, Anm. 1.

1. Gestaltungsklage und Rechtskraft

Die Gestaltungsklage hat zum Streitgegenstand die Rechtsbehauptung, daß dem Kläger ein Recht auf Rechtsänderung zustehe⁵⁴. Wird diese Behauptung vom Gericht nicht anerkannt, so stellt das Urteil fest, daß dem Kläger dieses Recht auf Rechtsänderung nicht zustand. Dies ist eine Feststellung, die den Wirkungen eines negativen Feststellungsurteils gleichkommt. Somit erweist sich das abweisende Gestaltungsurteil als gleichbedeutend mit einem negativen Feststellungsurteil⁵⁵. Dagegen hat nun aber Dölle⁵⁶ eingewendet, daß ja in diesem Falle der Streitgegenstand geändert hätte, wenn eine Gestaltungsklage durch ihre Abweisung zur negativen Feststellungsklage würde. Die Bestimmung des Streitgegenstandes hinge damit von der Zusprechung oder Abweisung der Klage ab. Diesem Einwand ist nun aber die hier dargelegte Auffassung des Streitgegenstandes, wie er von Nikisch erstmals bestimmt wurde, entgegenzuhalten. Nicht das Recht auf Rechtsänderung ist ja der Streitgegenstand, der sich in die Feststellung des Nichtbestehens dieses Rechts auf Rechtsänderung wandelt. Sondern es besteht der Streitgegenstand in der klägerischen Behauptung eines Rechts auf Rechtsänderung. Wird die Klage aber abgewiesen, so ist die Behauptung des Klägers verneint; der Streitgegenstand hat sich nicht geändert. Anerkennt nun aber das Gericht die klägerische Behauptung eines Rechts auf Rechtsänderung, so begnügt es sich nicht mit dieser Feststellung. Ein zusprechendes Gestaltungsurteil ändert vielmehr die Rechtslage. Diese Rechtsänderung ist konstitutiv. Der Richter greift unmittelbar in die Rechtslage zwischen den Parteien ein, er gestaltet sie um. Dies ist ein sehr wesentlicher Unterschied zu den Leistungs- und Feststellungsklagen. Letztere bringen bloß deklaratorisch zum Ausdruck, daß dieser oder jener Anspruch oder dieses oder jenes Recht bestehe und daß das Gericht die klägerische Behauptung des Anspruchs oder des Rechts schütze.

Kann nun die Rechtskraftwirkung für ein Urteil mit konstitutiver Wirkung (Gestaltungsurteil) gleich sein der Rechtskraftwirkung bloß deklaratorischer Urteile (Leistungs- und Feststellungsurteile)?

⁵⁴ So *Rosenberg*, a.a.O. S. 363 und *Nikisch*, a.a.O. S. 27.

⁵⁵ Vgl. *Guldener*, a.a.O. Bd. I. S. 266, Anm. 66.

⁵⁶ *H. Dölle*, Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, S. 285.

Schon bei Bötticher führt die Überlegung, daß die Rechtskraft eines Urteils ganz unabhängig ist von der Gültigkeit eines Urteils⁵⁷, indem diese kraft staatlicher Autorität ja jedem nicht an Nichtigkeitsgründen leidenden Staatsakte, also auch dem Urteil zukommt, zum Schlusse, daß beim Gestaltungsurteil die materielle Rechtskraft nichts mehr zu leisten vermag, weil ihr gar keine Aufgabe mehr zukommt⁵⁸. Das Gestaltungsurteil weist eben gegenüber den Leistungs- und Feststellungsurteilen die Besonderheit auf, daß es sich bei ihm um Rechtsgestaltung handelt. Die Gültigkeits- oder Wirksamkeitsvoraussetzungen jeder staatlichen Rechtsgestaltung⁵⁹ sind in der Forderung des rechtmäßigen Zustandekommens des staatlichen Aktes enthalten⁶⁰. Sind aber diese Bedingungen erfüllt, dann ist die Gültigkeit der Rechtsgestaltung ein für alle Mal gesichert.

Für das Gestaltungsurteil bedeutet dies, daß es mit seinem Erwachsen in formelle Rechtskraft rechtmäßig und unanfechtbar zustande gekommen ist. Damit ist seine Gültigkeit gesichert, sie muß auch in jedem späteren Prozeß über den identischen oder einen bloß präjudizierten Streitgegenstand gesichert sein. Die einmal getroffene Rechtsgestaltung kann somit nicht in einem späteren Verfahren umgestoßen werden⁶¹, selbst wenn auch die getroffene Rechtsgestaltung zu Unrecht erfolgte^{62, 63}.

Wie jede Rechtsgestaltung wirkt auch das Gestaltungsurteil für und gegen alle. Nicht nur die beiden Parteien, auch jeder Dritte und auch der spätere Richter – wie jede rechtsanwendende Behörde – sind von den Wirkungen betroffen.

⁵⁷ Bötticher, a.a.O. S. 6 ff.

⁵⁸ Guldener, a.a.O. Bd. 1. S. 266, Rosenberg, a.a.O. S. 362, vgl. auch F. Lent, Die sachliche Rechtskraft der Gestaltungsurteile, S. 279 f. insb. S. 303.

⁵⁹ In diesem weiten Sinn fallen darunter auch das Gesetz und jeder Verwaltungsakt.

⁶⁰ Auch bei nicht rechtmäßigem Zustandekommen kann noch Heilung eintreten, so weit es sich nicht um Gültigkeitsvoraussetzungen, die mangeln, handelt.

⁶¹ Auch hier noch immer abgesehen von den außerordentlichen Rechtsmitteln. Darüber hinaus sind einzelne besondere Fälle möglich, in denen ein späteres Gestaltungsurteil ein früheres umstößt. Guldener, a.a.O. Bd. 1. S. 106, Anm. 16, Bd. 2. S. 426, Anm. 12.

⁶² Guldener, Die Wirkungen von Urteilen aus dem Personenstand gegenüber Dritten, S. 327, Anm. 10.

⁶³ Rosenberg, a.a.O. S. 363 erwähnt, daß das Gestaltungsurteil der Vollstreckung nicht fähig sei und ihrer auch nicht bedürfe.

Damit ist klar der Schluß aufgezeigt, daß die Gestaltungsurteile in der Tat der materiellen Rechtskraft nicht bedürfen, die letzterer zukommenden Aufgaben werden schon durch die Eigenart der Gestaltungsurteile selbst befriedigend gelöst⁶⁴.

2. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft

Die Wirkungen der Rechtskraft beschränken sich auf die Parteien. Ein rechtskräftiges Urteil wirkt für denjenigen, der obsiegt, und gegen den Unterlegenen (sowie deren Rechtsnachfolger). Dieser Grundsatz ist allgemein anerkannt. Für unser Problem ist er insoweit wichtig, als wir nur von jenen mehreren Prozessen, die zwischen den gleichen Parteien oder deren Rechtsnachfolgern geführt werden – und zwar nacheinander –, sprechen können, wenn wir die Rechtskraft zur Verhütung von Urteilswidersprüchen heranziehen. Können nun nicht bei Leistungs- und Feststellungsurteilen Widersprüche zwischen zwei Urteilen auftreten, die nicht unter den beiden Parteien, sondern unter verschiedenen mehreren Personen wirken, die teils im ersten, teils im zweiten Prozeß einander gegenüberstanden?

a) *Leistungsansprüche* bestehen in der Regel zwischen zwei Personen. Sind mehrere Personen berechtigt oder verpflichtet, so stellt das Prozeßrecht die Möglichkeit auf, die mehreren Personen in einem Prozeß zusammenzufassen⁶⁵. Sie sind dann Partei, das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen sie. Indessen ist nicht zu übersehen, daß widersprechende Urteile in jenen Fällen möglich sind, in denen aus irgendeinem Grunde die mehreren Personen nicht in einem gemeinsamen Verfahren zusammengeschlossen wurden. Sehr wohl kann dann nämlich unter den nicht eingeschlossenen Personen einerseits und der Gegenpartei des ersten Prozesses andererseits ein neuer Prozeß geführt werden, der durch den ersten Prozeß präjudiziert wird. Hier vermöchte dann die Rechtskraft nichts zu leisten⁶⁶. Um so mehr muß darauf geachtet werden, die mehreren Personen zu einem Verfahren zusammenzuschließen.

Davon wird unten S. 82 ff. die Rede sein.

⁶⁴ Widersprechende Urteile sind denkbar, doch werden sie nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtskraft, sondern der Gültigkeit zu lösen sein.

⁶⁵ Sei es nun in einfacher oder in notwendiger Streitgenossenschaft.

⁶⁶ *Guldener*, Die Beiladung, S. 38 f.

b) *Feststellungsurteile* können die Interessen von mehreren Personen betreffen, die nicht in einen Rechtsverhältnis unter sich stehen, das einen Zusammenschluß in einem Prozeß ermöglicht.

1. Es sei hier etwa an die Abweisung einer Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit, die einem negativen Feststellungsurteil gleichkommt, oder an eine abgewiesene Ehenichtigkeitsklage oder an eine positive Klage auf Feststellung des Bestehens einer Ehe erinnert. Die Möglichkeit widersprechender Urteile ist hier schon vom materiellen Recht her weitgehend eingeschränkt, indem zumeist nur eine Person aktiv-legitimiert zu einer Klage ist⁶⁷. Immerhin ist denkbar, das z. B. bei einer Ehenichtigkeitsklage (ZGB 120) zuerst von Amtes wegen die zuständige Behörde klagt, mit der Klage aber abgewiesen wird. Nunmehr klagt eine der in Art. 121 Abs. 2 ZGB genannten Personen (z. B. die Erben oder Familienangehörigen) erneut auf Nichtigkeit der Ehe. Muß nun diese zweite Klage zugelassen werden? Ist ein Widerspruch zwischen dem ersten abweisenden Urteil und einem zweiten zusprechenden unträglich?

Unseres Erachtens soll auch hier die Rechtskraft nur unter den Parteien wirken. Das erste abweisende Urteil steht demnach dem zweiten Prozeß nicht entgegen. Dies ist nun aber nicht nur nicht gefährlich, sondern geradezu erwünscht. Denn die überwiegenden staatlichen Interessen an diesen eherechtlichen Verhältnissen bedingen, wie schon in der *Offizialmaxime* zum Ausdruck kommt, eine Betrachtung, die nicht auf die Parteiinteressen, und in unserer Frage besonders auf die Bedürfnisse der Parteien nach einem Urteil «ein für alle Male» (nach Rechtssicherheit also) abstellen darf. Vielmehr muß darnach getrachtet werden, daß die objektive Wahrheit auch über ein unrichtiges, doch rechtskräftiges Urteil hinaus durchdringt, indem eine neuerliche Beurteilung, die ja von den neuerlichen Klägern doch zumeist nur verlangt wird, weil sie neue Beweismittel vorzutragen haben, ermöglicht werden soll. Wir dürfen in diesen Fällen widersprechende Urteile um so eher zulassen, weil die Widersprüche zu keinen bedeutsamen Vollstreckungsschwierigkeiten führen; es ist durchaus gegeben, dem späteren Urteil den Vorrang zu geben. Denn diese Fälle dürfen doch füglich in Analogie mit dem Erlaß eines Verwaltungsaktes, ja eines jeglichen hoheitlichen Staatsaktes überhaupt gestellt werden. Auf Grund einer neuen tatsächlichen Lage

⁶⁷ z. B. Eheanfechtungsklage, Art. 123–126, 128 ZGB.

(die im späteren Prozeß durch die neuen Beweismittel gegeben ist) wird der erste Erlaß desavouiert und durch einen neuen ersetzt.

2. Handelt es sich um Feststellungsklagen, die Rechtsverhältnisse betreffen, die nur in den Interessen der privaten Parteien liegen, so ist, abgesehen von jenen Fällen, die zu aktiver oder passiver Streitgenossenschaft zwingen⁶⁸, an die Möglichkeit zu denken, daß dem Kläger etwa das Eigentum an einer Sache rechtskräftig festgestellt wurde oder daß irgendeine andere Feststellung, positiv oder negativ, über ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen getroffen wurde, die naturgemäß nicht nur Wirkungen auf die unterlegene Partei zeitigt. Guldener bemerkt dazu, daß eben die Rechtskraft zwar nur für die Parteien verbindlich sei, daß aber die Dritten, die ein Interesse an der Feststellung haben, doch nicht daran vorbeigehen können, daß dieses oder jenes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien verbindlich bestehe⁶⁹. Mit anderen Worten kann ein Dritter nach der Feststellung des Eigentums an einer Sache zwischen A. und B. nicht daran zweifeln, daß das Urteil dem A. sein Eigentum zuerkannte. Wenn er sich für besser berechtigt hält, so kann er wohl den A. neuerdings in einen Feststellungsprozeß ziehen, allein es wird nun in diesem Prozeß über die Behauptung des Eigentums des Dritten verhandelt. Dieser Streitgegenstand ist aber völlig unabhängig von demjenigen des ersten Prozesses zwischen A. und B. Widersprechende Urteile sind nicht zu befürchten.

c) *Erstreckt* wird die Rechtskraft ausnahmsweise in einzelnen Fällen auch auf Dritte, wie aus dem materiellen Recht hervorgeht⁷⁰. Es handelt sich dabei um die Prozeßstandschaft. Für die Frage der widersprechenden Urteile ergeben sich hier keine Schwierigkeiten⁷¹.

3. Die Geltendmachung der materiellen Rechtskraft

Aus dem dargestellten Verbot der nochmaligen Entscheidung über dieselbe Sache läßt sich folgerichtig ableiten, daß die Rechtskraft von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Der Richter ist Adressat des Verbotes. Er hat die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn über

⁶⁸ Vgl. oben S. 58. Es gilt das unter a) Gesagte.

⁶⁹ Guldener, Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Bd. 1, S. 260, Anm. 41.

⁷⁰ Guldener, a.a.O. Bd. 1, S. 259.

⁷¹ Im deutschen Prozeßrecht war diese Frage bedeutsam, vgl. Rosenberg, a.a.O. S. 696.

sie bereits rechtskräftig entschieden wurde. Damit kann der seit Bülow im deutschen Prozeßrecht allgemein anerkannten Einreihung der materiellen Rechtskraft unter die negativen Prozeßvoraussetzungen nur beigespflichtet werden. In den schweizerischen Kantonen hat die Rechtskraft als negative Prozeßvoraussetzung noch nicht überall Anerkennung gefunden⁷². Sie wird jeweils unter den Einreden aufgeführt, wie dies ja noch dem gemeinen Recht entsprach, wenn sie auch jeweils besonderer Beachtung im System der Einreden gewürdigt wird.

5. Kapitel

Die Rechtshängigkeit

I. Begriff und allgemeine Wirkungen

Die Rechtshängigkeit bezeichnet jenen Schwebezustand¹, in den ein Rechtsstreit gerät, wenn ein Urteilsverfahren über die streitigen Rechtsverhältnisse eingeleitet wird. Durch das Eintreten der Rechtshängigkeit werden die Grundlagen des Prozesses befestigt². Diese Befestigung der prozessualen Grundlagen äußert sich in verschiedenen Wirkungen der Rechtshängigkeit.

Wir nennen unter ihnen die Fixierung der Prozeßparteien, soweit sie nicht durch Tod der einen Partei, durch Eintreten eines Nebenintervenienten oder Streitgenossen eine Änderung zu erfahren vermögen, weiter die Befestigung der Zuständigkeit des Gerichts, soweit nicht Unzuständigkeitsgründe vorliegen, das Verbot der Veränderung des Streitobjekts, die Pflicht des Klägers zur Durchführung der Klage und endlich das Verbot, die gleiche Klage nochmals gegen den gleichen Beklagten vor einem anderen Gericht zu erheben. Diese letzte Wirkung der Rechtshängigkeit ist der Gegenstand unserer Betrachtung³.

⁷² *Guldener*, a.a.O. Bd. I. S. 267 f. *Brumann*, a.a.O. S. 98 f.

¹ Vgl. *S. Popper*, Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit, S. 13, *G. Kleinfeller*, Das Wesen der Rechtshängigkeit, S. 197 in *ZZP* 55.

² So umschreibt *Guldener*, a.a.O. Bd. I. S. 199 das Wesen der Rechtshängigkeit.

³ Wir verzichten hier auf die Erörterung der Frage des Zeitpunktes, in dem die Rechtshängigkeit eintritt. Vgl. dazu die Arbeit von *Popper*, a.a.O. S. 22 f.

II. Das Verbot Ne bis in idem als Wirkung der Rechtshängigkeit

A) Verhältnis zur Rechtskraft

1. Wir haben bei der Darstellung des Rechtskraftsprinzips im römischen Recht⁴ die Entwicklung des Grundsatzes ne bis in idem (oder bis de eadem re ne sit actio, wie es damals häufiger genannt wurde) aus der römisch-rechtlichen Auffassung des actionenrechtlichen Klagerechts entwickelt und dabei in aller Kürze darauf hingewiesen, daß im späteren Verfahren des römischen Prozesses die Zweiteilung vor Prätor und Judex dahinfiel und die Litiskontestation ihre Bedeutung als Konsumptor des materiellrechtlichen Anspruchs verlor. Damit war die Notwendigkeit gegeben, ein neues Mittel im Prozeßrecht auszubilden, das verhütet, daß der Kläger die gleiche Klage mehrfach vor Gericht stellt. Wir wiesen darauf hin, daß bei den Römern die nunmehrige Aufteilung des Satzes Ne bis in idem in ein Verbot der nochmaligen Entscheidung (Rechtskraftwirkung) und in ein Verbot gleichzeitiger nochmaliger Verhandlung (Wirkung der Rechtshängigkeit) noch nicht in allen Teilen klar wurde, da sie für beide Grundsätze nach wie vor die exceptio rei judicatae gelten ließen⁵.

Nachdem wir im letzten Kapitel das Verbot nochmaliger Entscheidung dargestellt haben, ist unsere Aufgabe hier, die zweite Seite des Ne bis in idem, das Verbot der gleichzeitigen nochmaligen Verhandlung aufzuzeigen.

2. Im Gegensatz zur Rechtskraft wurde die Rechtshängigkeit schon im gemeinen Recht als rein prozessuale Institution erkannt. Da sie eben nicht mit der Frage des Verhältnisses von materiell-rechtlichem Anspruch und Prozeß in Zusammenhang steht, scheint dies nicht verwunderlich. Der Rechtshängigkeit blieben denn auch weitläufige Auseinandersetzungen über ihre Grundlagen erspart.

3. Die Diskussion um die Rechtskraft hat die Wirkung der Rechtshängigkeit allzusehr in den Hintergrund gedrängt, so daß die enge Zusammenwirkung der beiden Institute unter dem einheitlichen Verbot Ne bis in idem wenig Beachtung gefunden hat.

⁴ Oben S. 37 f.

⁵ Vgl. *Planck*, a.a.O. S. 17.

Im Rahmen unserer Arbeit aber müssen wir gerade darauf hinweisen. Beide stehen im Dienste der Verhinderung von Doppelprozessen, die zu widersprechenden Urteilen führen können. Beide erfüllen auch das Gebot möglicher Prozeßökonomie. Im einzelnen ergeben sich aber Unterschiede, die zu abweichender Ausgestaltung der beiden Prinzipien führen.

B) Die Einrede der Rechtshängigkeit

Von der prozessualen Durchsetzung des Verbotes gleichzeitiger nochmaliger Verhandlung über denselben Streitgegenstand her wird die Wirkung der Rechtshängigkeit als Ne bis in idem zumeist mit dem Ausdruck Einrede der Rechtshängigkeit bezeichnet⁶. Demnach ist jede der beiden Parteien befugt, in einem Prozeß die Einrede zu erheben, daß über die gleiche Sache bereits ein anderer Prozeß hängig sei, und daß deshalb der zweite Prozeß nicht mehr durchgeführt werden solle.

Schon Bülow ist dieser Auffassung mit der Forderung entgegengetreten, die Rechtshängigkeit zweier identischer Prozesse nicht in das Belieben der Parteien zu stellen, sondern sie von Amtes wegen zu berücksichtigen⁷. Auf dem Boden der deutschen ZPO, die eine Einrede der Rechtshängigkeit postuliert (§§ 263 und 274), drang aber seine Ansicht vorerst nicht durch. Bötticher wies aber, nachdem er für die Berücksichtigung der Rechtskraft von Amtes wegen eintrat, indem er sie als negative Prozeßvoraussetzung charakterisierte⁸, den nahen Rückschluß auf die Rechtshängigkeit auf, daß diese ebenfalls als Prozeßvoraussetzung im negativen Sinne zu betrachten sei und somit von Amtes wegen beachtet werden müsse⁹. Ihm pflichtete Rosenberg schon in den ersten Auflagen seines Lehrbuches zu¹⁰. Auch Guldener¹¹ betont die Notwendigkeit, Rechtskraft und Rechtshängigkeit grundsätzlich gleich, nach der modernen Auffassung der Rechtskraft also beide als negative Prozeßvoraussetzungen zu behandeln.

⁶ *Popper*, a.a.O. S. 85, *Rosenberg*, a.a.O. S. 433, bezeichnen den Ausdruck der Einrede der Rechtshängigkeit für die deutsche ZPO als ungenügend.

⁷ Bülow, *Absolute Rechtskraft*, S. 140 ff.

⁸ a.a.O. S. 220 f.

⁹ a.a.O. S. 239.

¹⁰ a.a.O. S. 433 f.

¹¹ Guldener, a.a.O. Bd. 1, S. 208.

Doch ist die Mehrheit der Prozeßgesetze noch weit davon entfernt, diese Forderung durchzusetzen¹².

Uns will dünken, die Gefahr widersprechender Urteile trete bei der gleichzeitigen Verhandlung der gleichen Streitsache vor verschiedenen Gerichten noch viel klarer zu Tage, als wenn die gleiche Sache nacheinander vor verschiedene Gerichte gebracht wird. Wenn die Rechtskraft das letztere verhüten soll und deshalb von Amtes wegen zu beachten ist, so muß das unseres Erachtens noch viel eher für die Rechtshängigkeitswirkung des *Ne bis in idem* gelten¹³. Denn mit dem gleichzeitigen Hängigmachen der gleichen Streitsache vor verschiedenen Gerichten wird die Möglichkeit widersprechender Urteile unmittelbar aktuell. Wenn der Kläger sein Eigentum an der Sache X sowohl bei dem Gericht in Z. als auch beim Gericht in Y. geltend macht gegen den gleichen Beklagten¹⁴, so ist es durchaus möglich, daß das eine Gericht ihm das Eigentum zuspricht, das andere Gericht es ihm aber leugnet. Welches Urteil soll dann das «richtige» sein? Welches von beiden ist zu vollstrecken? Ebenso klar ist das staatliche Interesse daran, diese doppelte Prozeßführung zu verhindern, wenn man bedenkt, daß der Kläger seine Anträge deshalb vor mehrere Gerichte zugleich bringt, weil er hoffen mag, wenigstens im einen Prozeß ein günstiges Urteil zu erhalten, selbst wenn er dafür am anderen Gericht nicht durchdringt. Die Rechtssprechung würde damit zu einer Art Lotterie, in der der Kläger so oft ihm das möglich ist, die Chance auf ein günstiges Urteil versucht. In dieser Schärfe muß das Problem gestellt werden, wenn auch zuzugeben ist, daß praktisch derartige Fälle wohl nicht in gleichem Ausmaß möglich sind. Doch nur wenn wir eine Frage in abstrahierender Unmittelbarkeit stellen, gibt sich die logische Folgerung für die theoretische Unterlage der Antwort in ihrer Reinheit.

Wenn wir in dieser Weise das staatliche Interesse an der Rechtssicherheit und an der Autorität der Rechtssprechung betonen, können

¹² Von den schweizerischen Prozeßgesetzen erwähnen eine Anzahl die Wirkungen der Rechtshängigkeit überhaupt nicht, vgl. *Guldener*, a.a.O. Bd. 1. S. 207.

¹³ In Zukunft bezeichnen wir das Verbot *Ne bis in idem*, soweit es durch die Rechtshängigkeit eines Prozesses bewirkt ist, mit dem Ausdruck Rechtshängigkeitsprinzip.

¹⁴ Dieses Beispiel ist allerdings bloß theoretisch, denn es wird durch die Zuständigkeitsordnung der Prozeßgesetze in der Regel schon vermieden, daß der gleiche Anspruch auf eine Sache an zwei Orten geltend machen kann, für Grundstücke z. B. indem ein ausschließlicher Gerichtsstand der gelegenen Sache aufgestellt wird.

wir etwa die Einwendungen Kleinfellers gegen die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit von Amtes wegen eindeutig zurückweisen¹⁵. Wenn zwar die Rechtskraft von Amtes wegen beachtlich sei – so führt Kleinfeller aus –, so sei doch die Rechtshängigkeit mit viel weniger weiten Wirkungen ausgestattet. Da nur der wissende Richter von Amtes wegen einschreiten könne, sei die Rechtshängigkeit eines gleichzeitigen anderen Prozesses über die gleiche Rechtsstreitigkeit praktisch gar nicht vom Richter bemerkbar. Inwieweit dies aber für die Rechtskraft nicht zutreffen soll, geht aus den Darlegungen Kleinfellers nicht hervor. Ein weiteres Argument findet er darin, daß die Rechtskraft eines Urteils unabänderlich sei, so daß die Parteien den Richter nicht hindern können, die Folgerungen aus dem rechtskräftigen ersten Urteil zu ziehen. Bei der Rechtshängigkeit hingegen sei es den Parteien in die Hand gegeben, den einen der beiden gleichen Prozesse durch übereinstimmende Erklärung zurückzuziehen, d.h. die erste Klage könne zurückgenommen werden, ehe der Richter die zweite Klage abweist¹⁶. Eine Nötigung der Parteien, den ersten Prozeß durchzuführen sei in keiner Weise gerechtfertigt, besonders deshalb, weil ja durch die Forderung eines Kostenvorschusses das wirksamste Mittel in die Hand der Rechtspflege gegeben sei, daß das Gericht nicht mutwillig und willkürlich mit derselben Sache belästigt werde¹⁷. Der letztere Einwand kann nicht durchdringen, wenn wir bedenken, daß es sich durchaus nicht um eine mutwillige und willkürliche Belästigung der Gerichte durch mehrfache Einklagung der gleichen Streitsache zu handeln braucht. Der Kläger kann sich von der zweiten Klage sehr viel versprechen, sei es ein günstiges Urteil, sei es auch nur die trölerische Absicht, den Prozeß in die Länge zu ziehen.

Daß anderseits die Parteien von sich aus die andere rechtshängige Klage zurückziehen können, ist sicher möglich, allein es kann auch der Fall eintreten, daß die Parteien die mehreren Prozesse beide wünschen und auf die Erhebung der Einrede der Rechtshängigkeit verzichten, so daß Gericht durch die Parteien gezwungen wird, die mehreren Prozesse in der gleichen Sache durchzuführen. Das ist

¹⁵ *Kleinfeller*, a.a.O. S. 131 in ZZP 56.

¹⁶ Damit entfällt aber die Möglichkeit eines aktuellen Konfliktes zwischen den Prozessen.

¹⁷ *Kleinfeller*, a.a.O. S. 131.

aber nicht nur unter dem Gesichtspunkt der widersprechenden Urteile und der Prozeßökonomie abzulehnen, es widerspricht dies auch jeder vernünftigen Auffassung des Prozeßrechts überhaupt, gilt doch hier, wenn irgendwo, der Grundsatz der Einmaligkeit¹⁸ der staatlichen Tätigkeit.

Unter dem Aspekt der prozessualen Geltendmachung ist es demnach unabweislich, die Wirkung der Rechtshängigkeit der ihr verwandten Wirkung der Rechtskraft gleichzustellen. Die Berücksichtigung von Amtes wegen muß gefordert werden.

C) Die Wirkung des Rechtshängigkeitsprinzipes auf die mehreren Prozesse

Wenn es bei der materiellen Rechtskraft fraglich sein konnte, ob die zweite Klage als unbegründet abzuweisen sei oder durch Prozeßurteil als unzulässig von der Hand zu weisen sei, so stellt sich diese Frage bei der Rechtshängigkeit nicht. Hier kann ja nicht die eine Entscheidung auf das andere Verfahren einwirken, so daß um das Ausmaß dieser Wirkung (ob sie nämlich den zweiten Prozeß zwar nicht verhindere, aber doch bindend beeinflusse, oder ob der zweite Prozeß durch sie überhaupt ausgeschlossen werden müsse) diskutiert werden könnte.

Bei den mehreren rechtshängigen Prozessen über die gleiche Streitsache ist es vielmehr sicher, daß nur die Abweisung des einen Verfahrens als unzulässig in Frage kommt. Nicht zugestimmt kann der Formulierung des französischen Code de procédure Art. 171 werden, der den Richter bei begründeter Erhebung der Einrede der Rechtshängigkeit anweist, den «renvoi» zu verfügen, d.h. die Überweisung an das erstbefaßte Gericht anzuordnen. Es ist nicht anzunehmen, daß das erstbefaßte Gericht die begonnenen Verhandlungen nochmals durchführt. Praktisch wird es den zweiten Prozeß im ersten aufgehen lassen, indem es diesen ohne Rücksicht auf den überwiesenen Prozeß weiterführt. Dies wird sich schon deshalb als praktische Lösung aufdrängen, weil sonst ein Beklagter, der etwa das Vorbringen eines Verteidigungsmittel versäumt hat, es in der Hand hätte, dies nachzuholen, indem er die gleiche Klage bei einem andern Gericht anhängig macht, die Einrede der Rechtshängigkeit abwartet und nach

¹⁸ Wie Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts S. 475 f. darlegt.

erfolgter Überweisung an das erste Gericht nunmehr seine Verteidigungsmittel erneut einbringen könnte (weil ja das Verfahren von Anfang an neu beginnen müßte). Wir führen diese französische Lösung hier nur an, um darzutun, daß sich die Abweisung des zweiten Prozesses als unzulässig als die praktisch einzig gangbare Lösung ergibt¹⁹. Andererseits müssen wir im Unterschied zur Wirkung der materiellen Rechtskraft festhalten, daß es nicht von vorneherein feststeht, welcher Prozeß nun abzuweisen sei, der erste oder der spätere. Fast übereinstimmend wird zwar in der Literatur angenommen, daß das Prinzip der Prävention gelten solle, daß also der zweite Prozeß zugunsten des ersten zurückzutreten habe²⁰. Der Grund dieser Regel ist aber nicht ohne weiteres einzusehen. Es mag in praxi unter der Herrschaft der einredeweisen Geltendmachung der Rechtshängigkeit zwar durchgehend der erste Prozeß durchgeführt worden sein, weil eben die Einrede erst im zweiten Verfahren geltend gemacht wurde. Indessen beweist dies noch nicht die Legitimität der Regel. Vom Standpunkt der Prozeßökonomie aus mag auch der Fall eintreten, daß es richtiger wäre, den zweiten Prozeß durchzuführen, sei es weil die Beweiserhebungen am Orte des zweiten Gerichts leichter zu führen sind, sei es, weil die Verhandlungen im zweiten Prozeß bereits weiter gediehen sind. Es könnte deshalb sehr wohl die These verfochten werden, daß jenes Gericht den bei ihm anhängigen Prozeß abzuweisen habe, das schwierigere oder längere Verhandlungen noch vor sich hat²¹. Zumeist wird dies allerdings das zweitbefaßte Gericht sein.

Wir haben als Prinzip aufgestellt, daß ein zweites Verfahren zu gleicher Zeit über die gleiche Sache als unzulässig abzuweisen sei. So formuliert, ist damit ausgedrückt, daß die Parteien keinerlei rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Führung mehrerer Prozesse über die gleiche Streitsache haben. Daß dies aber nur gilt in

¹⁹ Die französische Rechtssprechung hat dann auch den *renvoi* als Abweisung des zweiten Prozesses interpretiert, vgl. unten S. 98, Anm. 22.

²⁰ Statt vieler: *Hellwig*, a.a.O. S. 360. Ebenso die Judikatur vgl. unten S. 157 f. *Bettermann*, Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform S. 29 scheint dieser Ansicht entgegenzutreten. *Schauwecker*, Einrede der Litispendenz S. 24 betont, daß das Prinzip der Priorität für alle kontinentalen Rechte gilt, nicht aber für den englischen Zivilprozeß, in dem der Richter auf die Interessen der Parteien abstellt.

²¹ So wird diese Ansicht in der französischen Literatur vertreten, vgl. unten S. 112 f.

all jenen Fällen, in denen wirklich die gleiche Streitsache vor Gericht gebracht wird, ist hier festzuhalten. Damit haben wir bereits einen weiteren Unterschied zum Prinzip der materiellen Rechtskraft festgestellt, da ja, wie oben S. 48 ff. dargelegt, die Rechtskraft bei nicht identischen, doch präjudizierenden Prozessen ebenfalls zur Abweisung wenigstens eines Teils der eingeführten Rechtsbehauptungen führt. Wie sich diese Unterschiede nun im einzelnen darstellen, ist unsere nächste Frage.

III. Rechtshängigkeit und Identität der Prozesse

Will man nicht dem Zweck des Zivilprozesses widersprechen, darf man mehrere Prozesse nur dann durch Abweisung des zweiten Prozesses als unzulässig verhindern, wenn damit nicht berechtigter Schutzbedürfnisse der Parteien unterbunden werden. Nur dann also, wenn in dem einen Verfahren die Parteien ihre sämtlichen Rechtsbehauptungen vorbringen können, die Gegenstand des zweiten Prozesses sind, nur dann darf der zweite Prozeß abgewiesen werden. Das bedingt sehr strenge Maßstäbe für die Bestimmung der Identität der Prozesse. Wir untersuchen sie in drei Richtungen.

A) Identität der Parteien

Das Rechtshängigkeitsprinzip kann nur durchdringen, wenn sich die gleichen Personen in den mehreren Prozessen gegenüberstehen. Es ist immerhin denkbar, daß die Rechtsnachfolger an die Stelle der einen oder anderen Partei treten können (wenn die eine Partei etwa während des Prozesses stirbt); in diesem Fall sind die Rechtsnachfolger gleich der Partei zu achten. Da die Rechtskraft nur unter den Parteien wirkt, scheint diese Regel natürlich, die ergehenden widersprechenden Urteile hätten ja nur für sie Wirkungen. In gleichem Maße wie die Rechtskraft ausnahmsweise auf Dritte erstreckt werden kann, im Falle der Prozeßstandschaft nämlich, muß auch für die Wirkung der Rechtshängigkeit die ausnahmsweise Erweiterung der Identität der Parteien zugelassen werden. Denn wenn das ergehende Urteil, das gegen den stellvertretenden Prozeßführungsberechtigten ergeht, auch gegen den materiell Verpflichteten wirkt, so hat das Gericht ein zweites Verfahren, das der materiell Berechtigte oder Verpflichtete anstrengt, nachdem in gleicher Sache auf Grund von

Prozeßstandschaft der Prozeßführungsberechtigte bereits anderswo vor Gericht gelangt ist, abzuweisen²². Nicht erforderlich ist die Identität der Parteirollen. Es kann der Erstkläger sehr wohl in einem zweiten Prozeß der Beklagte sein in derselben Sache, die Identität der beiden klägerischen Rechtsbehauptungen steht dann allerdings im Verhältnis des Gegenteils²³.

B) Identität der Streitgegenstände

1. Bei der Frage des Umfanges der Rechtskraftwirkung galt es abzuwägen, in welchem Maße der Streitgegenstand des zweiten Verfahrens mit dem Inhalt des erstergangenen Urteils identisch ist. Der feststehende Urteilsinhalt war der Ausgangspunkt; von ihm aus kann der Streitgegenstand des zweiten Verfahrens auf die Gefahr eines dem ersten Urteil widersprechenden zweiten Urteils überprüft werden. Bei dem gleichzeitigen Hängigsein mehrerer Prozesse muß die Abschätzung, ob die Streitgegenstände der mehreren Prozesse die Gefahr widersprechender Urteile in sich tragen oder nicht, ohne diesen festen Maßstab vorgenommen werden.

Solange man den Streitgegenstand mit dem materiellen Anspruch gleichsetzte, über den im Prozeß entschieden werden sollte, konnte man füglich den Einwand erheben, daß die Vergleichung der beiden Streitgegenstände auf ihre Identität hin nicht möglich sei, solange nicht über sie entschieden werde. Eine Bestimmung des Streitgegenstandes von vorneherein, zu Anfang des Prozesses, war logisch behindert, wenn man ihn mit dem materiellen Anspruch, der noch gar nicht feststeht, den das Urteil erst schaffen oder wenigstens festlegen soll, identifizierte²⁴.

Von unserer rein prozessualen Auffassung des Streitgegenstands ausgehend zeigen sich indessen diese Schwierigkeiten nicht. Ist der Streitgegenstand somit als die Summe der klägerischen Rechtsbehauptungen, die durch die tatsächlichen Anführungen der Klagebegründung individualisiert werden und über die der Kläger eine gerichtliche Entscheidung begehrt, definiert, so steht schon zu Anbeginn des Prozesses, mit dem Klageantrag und seiner Begründung, fest, was dieser Streitgegenstand sei. Die Identität der Streitgegen-

²² *Bettermann*, a.a.O. S. 11.

²³ Vgl. unten S. 75. *Bettermann*, a.a.O. S. 12.

²⁴ Vgl. oben S. 11 f.

stände ist dann mit einer einfachen Überprüfung der verschiedenen Rechtsbehauptungen und der tatsächlichen, in der Klagebegründung angeführten Sachverhalte, festzustellen. Keine Rolle spielt dabei, ob die rechtlichen Gründe, mit denen der Kläger seine Rechtsbehauptungen stützen mag, übereinstimmen²⁵.

2. Nun haben wir aber schon darauf hingewiesen²⁶, daß die Identität zwischen zwei Streitsachen nicht der mathematischen Identität $a = a$ entsprechen kann²⁷. Der Begriff der Identität in der Rechtswissenschaft ist ein anderer, weniger exakter. Es liegt auch Identität vor, wenn der eine Prozeß sich zum anderen verhält wie das Ganze zu einem seiner Teile. Wir sprachen, der Genauigkeit halber, von Teilidentität.

Als Beispiel denken wir etwa an einen Prozeß, in dem der Kaufpreis nebst Verzugszinsen vom Kläger geltend gemacht wird. In einem anderen Prozeß klagt der gleiche Kläger nur die Verzugszinsen ein. Für die Rechtskraftwirkung ergaben sich die einfachen Regeln, daß der zweite Prozeß soweit abgewiesen werden muß, als er über Rechtsbehauptungen entscheiden soll, über die bereits im ersten Verfahren entschieden worden war. Erging das erste Urteil über die Kaufpreisforderung nebst Verzugszinsen, so war der zweite Prozeß über die Verzugszinsen allein unzulässig, er ist gänzlich abzuweisen. Entschied das erste Urteil dagegen nur über die Verzugszinsen, so konnte im zweiten Prozeß die Kaufpreisforderung eingeklagt werden. Über die Verzugszinsen aber ergeht kein zweites Urteil mehr; in dieser Hinsicht wird der Kläger mit seiner Rechtsbehauptung abgewiesen.

Diese Grundsätze müssen auch für die Rechtshängigkeitswirkung gelten. Wenn nun aber bei der Rechtshängigkeit immer von dem einen feststehenden, unabänderlichen Urteil auszugehen war, und sich immer nur die Frage stellen konnte, in welchem Maße der zweite Prozeß einen Streitgegenstand betrifft, der schon im ersten Urteil als entschieden erscheint, kann bei der Rechtshängigkeit auch noch die Umkehrung der Frage: in welchem Maße ist der erste Prozeß mit dem zweiten identisch, sehr wohl gestellt werden. Hier zeigt es

²⁵ Vgl. oben S. 19.

²⁶ Vgl. oben S. 26.

²⁷ Insbesondere hat sich *O. Fischer*, Das Problem der Identität und der Neuheit, mit dem Begriff der Identität in der Rechtswissenschaft beschäftigt. S. 5 ff.

sich eben, sofern wir nur vom Grundsatz, der im herrschenden Prozeßrecht allgemein gilt, daß immer der erste Prozeß durchzuführen sei, absehen, daß es besser sein kann, den ersten Prozeß zugunsten des zweiten abzuweisen. Im eben angeführten Beispiel soll im ersten Prozeß nur über die Verzugszinsen, im zweiten Prozeß aber über die Kaufpreisforderung nebst Verzugszinsen entschieden werden. Kann nun der erste Prozeß abgewiesen werden, so wird jede Möglichkeit widersprechender gerichtlicher Äußerungen über die gleichen Sachverhalte ausgeschlossen. Muß aber der erste Prozeß durchgeführt werden, so bleibt als beste Lösung noch, im zweiten Prozeß wenigstens die Rechtsbehauptung über die Verzugszinsen nicht zuzulassen. Es mag aber dann der Fall eintreten, daß im ersten Prozeß die Verzugszinsen abgesprochen werden, mit der Begründung etwa, daß ein Kauf gar nicht bestanden habe, währenddem im zweiten Prozeß der Kaufpreis zugesprochen wird. Für die Rechtskraftwirkung haben wir diese widersprüchliche Äußerung des Gerichts über den gleichen Gegenstand in Kauf nehmen müssen, wir konnten dies auf Grund einer eingehenden Abwägung der Interessen der Parteien und der Rechtssicherheit²⁸. Für die Rechtshängigkeitswirkung wollen wir dieselben Überlegungen anführen, soweit es die Prozeßökonomie gebietet, dem Grundsatz der Prävention Folge zu leisten. Dies ist der Fall, wenn das erste Verfahren bereits soweit fortgeschritten ist, daß es schlechthin unangebracht wäre, den zweiten Prozeß nun durchzuführen und den ersten abzuweisen²⁹.

3. Nicht identisch sind die Streitgegenstände zweier Prozesse, wenn die Rechtsbehauptungen des einen für den anderen Prozeß nur insofern von Bedeutung sind, als sie die Rechtsbehauptungen des anderen Prozesses, über die eine Entscheidung begehrt wird, begründen sollen. Es dürfen hier keineswegs die Rechtshängigkeitswirkungen durchgreifen, die den einen Prozeß zugunsten des andern schlechthin zurückweisen. Denn die Parteien behaupten in beiden Prozessen verschiedene Dinge, beide Prozesse dienen achtenswerten Rechtsschutzbedürfnissen, so daß nicht bloß einer der Prozesse durchgeführt werden

²⁸ Vgl. oben S. 50.

²⁹ Wenn nun aber umgekehrt zuerst die Kaufpreisforderung, dann die Kaufpreisforderung nebst den Verzugszinsen eingeklagt wird, und das erste Verfahren schon weit gediehen ist, dann muß Aussetzung der Verhandlungen erfolgen. Es kann der zweite Prozeß nicht als unzulässig abgewiesen werden, weil er ja nicht voll identisch mit dem ersten ist.

darf. Da aber trotzdem widersprechende Urteile in gleichen Sachverhalten ergehen können, soll das Prozeßrecht hier einen anderen Be-
helf geben, besonders auch deshalb, weil die Prozeßökonomie ge-
bietet, die beiden Prozesse zwar durchzuführen, doch irgendwie in
Zusammenhang zu bringen, da sie doch schon durch ihre Streitge-
genstände in gewissem Zusammenhang stehen. Diese Frage ist eine
unter den vielen, denen wir im folgenden Kapitel Beachtung schenken
wollen.

C) Identität der Rechtsschutzform

Soweit wir für das Durchdringen des Rechtshängigkeitsprinzip die
vollständige Identität der Rechtsbehauptungen und der sie indivi-
dualisierenden Klagegründe forderten, haben wir auch schon die
Identität der Rechtsschutzformen eingeschlossen. Identisch sind
Rechtsbehauptungen, die aus gleichem Sachverhalt mehrmals den
gleichen Anspruch fordern (gleiche Leistungsklagen), identisch sind
die Rechtsbehauptungen, die mehrmals das gleiche Rechtsverhältnis
aus dem gleichen Grunde als bestehend oder mehrmals als nicht-
bestehend behaupten (gleiche positive oder gleiche negative Fest-
stellungsklagen), identisch sind auch die Rechtsbehauptungen, die
mehrmals das gleiche Recht auf Rechtsänderung aus dem gleichen
Sachverhalt behaupten (gleiche Gestaltungsklagen).

Umgekehrt ergibt sich, daß nicht Identität vorliegen kann,
wenn einmal eine Leistungsklage, dann eine Feststellungsklage
erhoben oder einmal eine Gestaltungsklage, im andern Prozeß
eine Feststellungsklage eingebracht wird. In diesen Fällen schließt
grundsätzlich die Rechtshängigkeit des einen Prozesses den andern
nicht aus.

Teilidentität vermag aber das Durchgreifen des Rechtshängig-
keitsprinzips begründen; unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutz-
formen stellt sie sich wie folgt dar:

Eine Feststellungsklage ist zugleich hängig mit einer Leistungs-
klage. Für die Rechtskraftwirkung war zu unterscheiden, welcher
Prozeß zuerst durchgeführt wurde. Nach einem Leistungsurteil war
eine Feststellungsklage immer dann als unzulässig abzuweisen, wenn
sie eine Feststellung begehrte, die durch das Leistungsurteil implicite
schon erledigt war. Nach einem Feststellungsurteil konnte die Lei-
stungsklage aber noch geltend gemacht werden, obwohl die Ent-
scheidungen des Feststellungsurteils die Leistungsklage zu präjudi-

zieren vermögen, indem etwa der Kläger jetzt behauptet, die Sache X sei ihm herauszugeben, weil er – dies als Klagegrund – ein Urteil über sein Eigentum erstritten habe. Die Streitgegenstände sind hier eben nicht identisch. Bei zugleich hängigen Leistungsklagen und Feststellungsklagen, die sich präjudizieren, ist ein Unterschied anzumerken. Das Leistungsbegehren auf Herausgabe der Sache kann ja noch nicht lauten:

Die Sache ist herauszugeben, weil ich ein Urteil erstritten habe, das mein Eigentum feststellt. Sondern es kann immer nur lauten: Die Sache ist herauszugeben; denn auf Grund dieses oder jenes Sachverhaltes behaupte ich mein Eigentum an der Sache. Das Feststellungsbegehren lautet dementsprechend: Aus diesem oder jenem Sachverhalt behaupte ich mein Eigentum an der Sache.

Es erhellt daraus, das hier tatsächlich eine teilweise Identität der Rechtsbehauptungen vorliegt. Das Feststellungsbegehren ist in jedem Falle vollständig im Leistungsurteil enthalten, es stellt sich als ein Teil – ein durchaus selbständiger Teil – des Ganzen dar. Die Sachverhalte sind dabei die gleichen.

Es muß hier eben bemerkt werden, daß bei zugleich hängigen Feststellungs- und Leistungsklagen nicht eigentlich schon die Beziehung der Präjudizierung gegeben ist. Von Präjudizierung kann man streng logisch doch nur sprechen, wenn das eine bereits feststeht, dasjenige nämlich, welches das andere präjudizieren soll. Bei zugleich hängigen Streitsachen ist aber noch keine der beiden festgelegt und entschieden. Nur am Umfang der zu erwartenden Urteile, wenn man sich also vorstellt, wie die Urteile auf Grund der eingebrachten Rechtsbehauptungen lauten werden, kann von einer Präjudizierung gesprochen werden. Als Kriterium dient dann aber ein in der Zukunft liegendes Element; es wird demnach die Rechtshängigkeitswirkung beurteilt, als ob sie gleich sei mit der Wirkung der Rechtskraft.

Diese Überlegungen macht denn auch das herrschende Prozeßrecht, indem die heutigen Lehren zumeist den Satz aussprechen: Wo die Rechtskraft des einen Urteils dem anderen entgegenstehen würde, da soll auch die Rechtshängigkeit das zweite Verfahren verhindern. Wir müssen dieser Auffassung entgegentreten. Wenn wir auch im bisherigen noch so sehr die Verwandtschaft zwischen Rechtskraft und Rechtshängigkeit betonten, so ergibt sich gerade hier ein wesentlicher Unterschied.

Nicht weil eine Feststellungsklage die zugleich hängige Leistungsklage präjudiziert, sondern weil sie einen Teil der letzteren darstellt, müssen wir die Rechtshängigkeitswirkung durchgreifen lassen³⁰.

Es folgt daraus, daß die Feststellungsklage abzuweisen ist zugunsten der Leistungsklage. Auch hier dürfen wir nicht dem Grundsatz der Prävention huldigen. Die Feststellungsklage mag die ersterhobene sein, sie kann dennoch abgewiesen werden. Ist allerdings der Feststellungsprozeß schon weit gediehen, so mag die Abweisung unratsam, unökonomisch erscheinen. Er soll zu Ende geführt werden können. Dabei muß aber für das Leistungsbegehren eine besondere Regelung gegeben sein. Es ist hier nicht angängig, ja gar nicht möglich, im Leistungsbegehren einfach denjenigen Teil auszuschneiden, über den schon die Feststellungsklage geht. Das Leistungsbegehren enthält die Rechtsbehauptung auf Feststellung untrennlich, implicite. Somit kann der Widerspruch der Urteile nicht durch die Rechtshängigkeitswirkung hier verhindert werden. Denken wir nochmals an unser Beispiel: Der Feststellungsprozeß über das Eigentum an der Sache X steht unmittelbar vor dem Abschluß. Nun wird die Leistungsklage erhoben auf Herausgabe der Sache, an der Eigentum behauptet wird. Es ist nicht möglich, über den Herausgabeanspruch zu verhandeln ohne den Eigentumsanspruch zu prüfen. Die Feststellungsklage kann nicht abgewiesen werden. Sollen beide Verfahren zugelassen werden? Dann ist die Gefahr offenbar, daß im Feststellungsprozeß etwa das Eigentum verneint, im Leistungsprozeß aber bejaht wird. Es ergibt sich als zweckmäßige Lösung nur, den Leistungsprozeß abzuweisen, nicht als unzulässig im absoluten Sinne, sondern bloß als zur Zeit nicht zulässig; oder aber die Verhandlungen über den Leistungsanspruch werden solange ausgesetzt, bis das Feststellungsurteil ergeht.

Zwischen Leistungsklage und Gestaltungsklage und zwischen Feststellungsklage und Gestaltungsklage sind keine identischen Rechtsbehauptungen denkbar. Da nämlich das Gestaltungsurteil das Rechtsverhältnis, aus dem Ansprüche oder Feststellungen über das

³⁰ Hier ist *Rosenberg*, a.a.O. S. 434 entgegenzutreten, der gerade darin einen wesentlichen Unterschied zwischen Rechtskraft- und Rechtshängigkeitsprinzip sieht, daß letzteres bei präjudiziellen Rechtsverhältnissen nicht durchgreift, worunter er auch die Feststellungsklage im Verhältnis zur Leistungsklage faßt.

Rechtsverhältnis behauptet werden sollen, erst mit dem Urteil schafft, können nicht vorher mehrere Prozesse mit identischen Rechtsbehauptungen im Verhältnis Gestaltungsklage – Feststellungs- oder Leistungsklage auftreten. Die Rechtshängigkeitswirkungen greifen hier nicht durch³¹.

Negative und positive Feststellungsklagen sind identisch, wenn sie unter Vertauschung der Parteirollen jede das genaue Gegenteil der andern behaupten. Die Rechtshängigkeit verhindert den einen oder anderen Prozeß, je nachdem welcher bereits weiter fortgeschritten ist. Es gelten dafür die allgemein angeführten Regeln. Wir schließen unter diesen Fall auch den Prätendentenstreit ein, falls die tatsächlichen Klagegründe der beiden Prätendenten die gleichen sind³². Behauptet der Kläger sein Eigentum an der Sache gegenüber dem Beklagten, so erscheint dessen Klage am andern Gericht auf Feststellung seines Eigentums an der Sache als die negative Feststellungsklage, daß der Erstkläger eben kein Eigentum an der Sache habe.

IV. Der Umfang des Rechthängigkeitsprinzips

Wir haben erkannt, daß der Umfang der Rechtskraftwirkung nicht der gleiche ist wie derjenige der Wirkungen der Rechtshängigkeit. Letztere sind enger. Das Erfordernis der strikten Identität der Streitgegenstände läßt die Einrede der Rechtshängigkeit bei einander bloß präjudiziell beeinflussenden Prozessen nicht durchgreifen. Weiter wirkt die Rechtshängigkeit nicht zwischen Gestaltungsklagen einerseits, Feststellungsklage und Leistungsklage anderseits, da hier die Streitgegenstände deshalb nicht identisch sein können, weil das eine Mal das Recht auf Rechtsänderung, das andere Mal ein aus dieser Rechtsänderung erst fließendes Recht behauptet wird.

Bettermann tritt ebenfalls für die Identität der Streitgegenstände als Voraussetzung der Einrede der Rechtshängigkeit ein³³. Insbesondere kommt er der hier vertretenen Ansicht nahe, wenn er bemerkt:

³¹ Anders natürlich, wenn Gestaltungsklage und Feststellungsklage in einem Prozeß verbunden sind. Dann kann diese Feststellungsklage sehr wohl mit einer anderweitig hängigen Feststellungsklage identisch sein, wobei letztere wegen Rechtshängigkeit der ersteren abzuweisen ist.

³² Zumeist wird allerdings bloß Konnexität vorliegen, jeder wird sein Eigentum aus eigenem Klagegrund ableiten. Vgl. unten S. 80.

³³ a.a.O. S. 11.

«Die anderweitige Anhängigkeit eines präjudiziellen Rechtsverhältnis begründet aber grundsätzlich nicht den Einwand der Rechtshängigkeit, sondern kann nur den Antrag auf Aussetzung rechtfertigen»³⁴. Allerdings läßt dann Bettermann eine Reihe von Ausnahmen zu, in denen die Identität nicht gegeben ist, so daß er schließlich zur Formulierung gelangt: «Überall dort, wo die den Streitgegenstand des zweiten Prozesses bildene Rechtsbehauptung unvereinbar ist mit der Rechtsbehauptung des ersten Prozesses, da besteht die Gefahr widersprechender Urteile und muß daher die Einrede der Rechtshängigkeit durchgreifen^{35, 36}.» Indessen glaubt Bettermann, daß die Gefahr widersprechender Urteile nur bei der Identität, allerdings mit den gemachten Ausnahmen, der Streitgegenstände vorliegen kann. Es wird im folgenden unsere Aufgabe sein, die Gefahr widersprechender Urteile auch dort nachzuweisen, wo bloße Konnexität gegeben ist³⁷.

V. Rechtshängigkeit und widersprechende Urteile

Nach der Darstellung der Wirkungen und Leistungen der Rechtshängigkeit für die Verhütung widersprechender Urteile im einzelnen, können wir jetzt die Grenzen des Rechtshängigkeitsprinzips für die uns gestellte Aufgabe, die Verhütung von Doppelprozessen über zugleich hängige Streitsachen, die widersprechende Entscheidungen hervorzubringen vermögen, gesamthaft überblicken. Die Verwandtschaft des Rechtshängigkeitsprinzips mit den Wirkungen der Rechtskraft hat sich uns im Verbot *Ne bis in idem* gezeigt. Für identische Streitgegenstände vermag das Rechtshängigkeitsprinzip durchaus

³⁴ a.a.O. S. 10. Was hier *Bettermann* unter Aussetzung versteht, fassen wir unter dem Problemkreis des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs.

³⁵ a.a.O. S. 23, vgl. auch S. 12.

³⁶ Die Ausnahmen, die *Bettermann* von der Identität der Streitgegenstände macht, werden wir unter dem Begriff der Konnexität einreihen können, dafür dann kommt unser Gerichtsstand des Sachzusammenhangs in Anwendung, siehe unten S. 21 f. Infolgedessen können wir die ausnahmslose Identität der Streitgegenstände für die Wirkungen der Rechtshängigkeit zur Bedingung machen.

³⁷ Dies ist die wichtigste Unterscheidung der Rechtshängigkeit von der Rechtskraft. Letztere wirkt auch bei bloßer Konnexität, die Rechtshängigkeit nur bei Identität der Streitgegenstände.

genügen, es verhindert die nochmalige Verhandlung darüber. Stehen aber die Streitgegenstände nicht im Verhältnis der Identität oder wenigstens der Teilidentität, so sind dennoch widersprechende Urteile möglich, die aber die Rechtshängigkeitswirkungen nicht zu verhindern vermögen. Es erhebt sich nun die Frage, ob und in welcher Weise außerhalb der Rechtshängigkeitswirkungen das Prozeßrecht Behelfe zur Verfügung stellen kann, um die widersprechenden Urteile über nicht identische, bloß konnexen Sachen zu verhindern.

Wir sehen diese Möglichkeit im Gerichtsstand des Sachzusammenhangs. Sein wesentlicher Unterschied zum Prinzip der Rechtshängigkeit mag darin gesehen werden: Unter mehreren zuständigen Gerichten, die über identische Streitgegenstände entscheiden sollen, wählt das Prinzip der Rechtshängigkeit eines aus. Das andere Gericht wird nicht als unzuständig erklärt, doch wird das bei ihm hängige Verfahren über die gleiche Sache als unzulässig erklärt. Demnach regelt das Verbot *Ne bis in idem*, soweit es für die Rechtshängigkeit Geltung hat, nicht die Zuständigkeiten der Gerichte, es bestimmt nur unter mehreren zuständigen Gerichten dasjenige, welches das Verfahren durchführen soll.

Sind aber die Sachen bloß konnex, so muß sich eine andere Behandlung aufdrängen. Es kann nicht der eine Prozeß einfach abgewiesen werden mit der Begründung, es sei ja schon ein anderes Verfahren hängig, in welchem den Rechtsschutzbedürfnissen der Parteien in vollem Umfange Genüge getan werde. Da nämlich die Rechtsbehauptungen konnexer Prozesse sich nicht decken, haben die Parteien durchaus ein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran, daß die konnexen Rechtsbehauptungen, die das andere Gericht wegen der Gefahr widersprechender Urteile nicht zur Entscheidung zuläßt, vor dasjenige Gericht nachträglich noch eingebracht werden können, das den konnexen Prozeß beurteilt. Dieses Gericht soll also die beiden konnexen Verfahren vereinigen, in einem Verfahren zusammenschließen. Voraussetzung dafür ist aber, daß dieses Gericht auch die Zuständigkeit besitzt, die konnexen Sache zu beurteilen. Diese Zuständigkeit wird nun durch den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs begründet, dem wir im folgenden unsere Aufmerksamkeit zuwenden wollen.

6. Kapitel

Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs

I. Die Bedeutung des Sachzusammenhangs zwischen mehreren Prozessen

Die Beziehung des Sachzusammenhangs oder der Konnexität (die beiden Ausdrücke werden nebeneinander verwendet) hat im Verhältnis zweier Rechtsstreitigkeiten verschiedene Bedeutungen. Konnexität kann etwa als Kriterium für die Zulässigkeit der Widerklage, der objektiven Klagehäufung, der Streitgenossenschaft und der Intervention dienen¹. Konnexität herrscht auch zwischen dem Strafprozeß und dem adhäsionsweise angeschlossenen Zivilprozeß². Wenn wir nun im folgenden einer bestimmten prozeßrechtlichen Bedeutung des Begriffes der Konnexität im Zivilprozeß nachgehen, so werden wir dabei wohl zu einer allgemeinen Umschreibung des Ausdruckes Sachzusammenhang kommen, doch die weiteren Anwendungsgebiete des Sachzusammenhangs vermögen wir nur zu streifen. Es ist unser Anliegen, die Konnexität insofern darzulegen, als sie zur Begründung eines besonderen Gerichtsstandes zu führen vermag, der im Interesse der Verhütung von Doppelprozessen, die die Gefahr widersprechender Urteile in sich tragen, aufzustellen ist. Es liegt in der bisher recht stiefmütterlichen Behandlung dieses Gerichtsstandes begründet, daß wir dabei auf weite Strecken bloß Postulate de lege ferenda aufstellen können, zu deren Begründung wir allerdings dann im zweiten Teil dieser Arbeit eine Darstellung einiger ausländischer und schweizerischer Prozeßordnungen, soweit sie mehr oder weniger stückweise auf unser Problem Bezug nehmen, geben wollen.

¹ Dies wird teilweise schon in den Prozeßgesetzen ausgedrückt. Vgl. etwa die ZPO des Kantons Zürich §§ 4, 38.

² *Th. Weiß*, Behandlung connexer Civil- und Strafsachen, S. 3 ff.

II. Der Begriff des Sachzusammenhangs zwischen mehreren Prozessen

Die Begriffsbestimmung gelingt uns am ehesten, wenn wir dabei von jenem Spezialfall der Konnexität ausgehen, der zugleich den dialektischen Gegensatz zur Konnexität in unserem Sinne bildet, von der Identität zweier Rechtsstreitigkeiten also, die schon mehrfach erörtert wurde in dieser Arbeit. Identisch sind jene Rechtsstreitigkeiten, die in allen ihren einzelnen Elementen Übereinstimmung aufweisen. Diese ideale, völlige Deckung hat, wie im Vorangehenden ausgeführt wurde, den Begriff der Identität zu sehr eingeengt, indem ihre zu schmale Basis den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht zu werden vermag. Indem wir dann die einzelnen Elemente wie Parteien, Streitgegenstand und Rechtsschutzziel auf ihre Identität hin prüften, ergaben sich uns die richtigen Maßstäbe.

Ein gleiches müssen wir nun für die Konnexität unternehmen, um dann nachher den Bereich und die Wirksamkeit des hier propagierten Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs darstellen zu können.

A) Konnexität der Parteien

Stehen sich in mehreren Prozessen die gleichen Personen als Parteien gegenüber, auch unter Vertauschung der Parteipollen, so sprechen wir von Identität der Parteien. Konnexität ist demnach gegeben, wenn die verschiedenen Personen nicht zugleich alle in beiden Prozessen auftreten. Dies bedingt, daß zumindest drei Personen an den beiden Prozessen als Parteien beteiligt sind. Eine der Personen kann dabei in den beiden Prozessen, auch unter Vertauschung der Parteipollen auftreten. Doch wird dies praktisch nicht häufig vorkommen. Denn gewöhnlich sind die konnexen Parteien dadurch gebildet, daß eine Person mehrere verschiedene Personen in mehreren Prozessen als Beklagte einklagt, oder daß mehrere Personen die gleiche Person in mehreren Prozessen als Beklagte belangen. Beispiele haben wir bei der Streitgenossenschaft angeführt, darüber hinaus möge hier auch des Falles Erwähnung getan sein, daß Mutter und außereheliches Kind Vaterschaftsklage gegen den mutmaßlichen Vater an verschiedenen Gerichten erheben.

Begründet wird die Konnexität zwischen den Parteien auf Grund einer spezifischen Sachbeziehung der beiden Prozeßgegenstände, auf Grund der Konnexität der Streitgegenstände also.

B) Konnexität der Streitgegenstände

Die Identität zweier Streitgegenstände fanden wir in der Übereinstimmung von Rechtsbehauptungen und tatsächlichen Klagegründen. Die Konnexität als das Weitere wird zwar wohl auch die Identität des einen (oder des anderen) Elementes zu fordern haben, das andere Element jedoch wird verschieden sein können. Konnex sind demnach zwei Streitgegenstände, wenn entweder ihre Rechtsbehauptungen identisch und ihre Klagegründe tatsächlicher Natur verschieden oder aber wenn die Rechtsbehauptungen verschieden und ihre Klagegründe identisch sind.

Als Beispiel führen wir für den ersteren Fall der Konnexität zwei Rechtsbehauptungen an, die beide Eigentum an einer Sache behaupten, doch das eine Mal mit der Begründung, die Sache gekauft zu haben, das andere Mal mit der Begründung, die Sache ersessen zu haben.

Als zweites Beispiel möge die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches und die Forderung einer Genugtuungssumme aus Ehrverletzung genannt sein.

Auch hier darf dabei die rechtliche Qualifikation des klagebegründenden Sachverhaltes durch die Parteien nicht als maßgebend betrachtet werden. Wenn also z. B. ein Garagist das bei ihm eingestellte Automobil über Nacht ins Freie stellt und das Automobil Frostschaden erleidet, dann wird der Automobilist den Garagisten für den Schaden sowohl aus Depositum (BGE 76 II 154) als auch aus außervertraglicher Schädigung belangen können. Macht er dies in zwei getrennten Prozessen zweimal, so ist nicht ein Verhältnis der Konnexität zwischen den beiden Streitgegenständen anzunehmen, vielmehr sind die Streitgegenstände identisch, da die tatsächlichen Klagegründe identisch sind³.

Wenn wir damit die Konnexität zweier Streitgegenstände von der Identität eines der sie bestimmenden Elemente, sei es der Rechtsbehauptungen, sei es der Klagebegründung, abhängig machen, so ist dabei darauf hinzuweisen, daß die Identität der Rechtsbehauptungen oder der Klagebegründung nicht eine vollumfängliche zu sein braucht. Die eine Rechtsbehauptung kann in der anderen enthalten sein, die beiden Klagegründe können auch, neben identischen tatsächlichen

³ Nicht so das franz. Prozeßrecht siehe unten S. 97 und 107.

Ereignissen, einzelne verschiedene Elemente enthalten. Auch hier ist demnach nicht auf die mathematische Identität abzustellen.

C) Konnexität der Rechtsschutzformen

Bei der Frage der Identität zweier Prozesse haben wir die Gleichheit der Rechtsschutzformen als Grundsatz postuliert und nur in bezug auf das Verhältnis einer Leistungsklage zu einer Feststellungsklage und einer negativen zu einer positiven Feststellungsklage Ausnahmen anerkannt⁴. Bei der Konnexität zweier Prozesse kann sich diese Frage nicht stellen. Zwischen den Rechtsschutzformen als wesentlich formale Elemente einer Klage ist die Beziehung der Konnexität nicht denkbar. Rechtsschutzformen sind entweder identisch oder verschieden. Es wäre nicht sinnvoll, von einer Leistungsklage zu sagen, sie stehe mit einer Gestaltungsklage in sächlichem Zusammenhang, sofern nicht auf den Inhalt der Klagen, auf ihren Gegenstand abgestellt wird. Bezieht sich aber die Konnexität auf den Inhalt der Klage, dann wäre das Band der Konnexität zwischen den Klagen nicht durch die Rechtsschutzformen, sondern durch die konnexen Streitgegenstände gegeben.

Das Verhältnis einer Leistungsklage zu einer Feststellungsklage, wobei die erstere den Gegenstand der zweiten, eine Feststellung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, enthält, haben wir unter dem Gesichtspunkt der Identität gewürdigt. Auch in diesem Falle bleibt somit für den Begriff der konnexen Rechtsschutzformen kein Raum.

D) Konnexität mehrerer Rechtsstreitigkeiten

Zusammenfassend ergibt sich für den Begriff des Sachzusammenhangs zwischen mehreren Prozessen, daß vor allem auf die Konnexität der Streitgegenstände abgestellt werden muß. Zudem muß die Identität oder Konnexität der Parteien gegeben sein. Die Rechtsschutzformen spielen keine Rolle. Mehrere Rechtsstreitigkeiten sind somit immer dann konnex, wenn ihre Streitgegenstände entweder verschiedene Rechtsbehauptungen und identische Klagebegründungen oder aber identische Rechtsbehauptungen und verschiedene Klagebegründungen aufweisen, wobei die Parteien identisch oder konnex sein müssen.

⁴ vgl. oben S. 72 ff.

III. Konnexität und Zuständigkeit: Gerichtsstand des Sachzusammenhangs

Für das Problem der Rechtshängigkeit ist die Frage nach dem Gerichtsstand von bloß nebensächlicher Bedeutung, da immer schon vorausgesetzt ist, daß zwei an sich zuständige Gerichte mit der gleichen Sache befaßt sind. Das eine oder das andere Gericht wird dann auf Grund des Rechtshängigkeitsprinzipes als ausschließlich zuständig erklärt. Festzuhalten ist dabei, daß auf Grund der dem Prozeßrecht eigenen Gerichtsstandsbestimmungen der Anwendungsbereich des Prinzipes der Rechtshängigkeit stark eingeschränkt ist.

Im Bestreben unökonomische und zu widersprechenden Urteilen führende Doppelprozesse zu verhindern, wird der Gesetzgeber sich bemühen, jedem Rechtsstreit durch Aufstellung von Gerichtsstandsbestimmungen ein einziges, ausschließlich zuständiges Gericht zuzuweisen. Wenn somit zwei Gerichte mit der gleichen Sache angegangen werden, wird in der Regel noch vor der Erörterung der Frage der Rechtshängigkeit das eine Gericht wegen sachlicher oder örtlicher Unzuständigkeit auszuschließen sein. Nur in jenen Fällen, wo mehrere Gerichte an sich zuständig sind, kann die Rechtshängigkeitswirkung durchgreifen.

Ganz anders – und hier zeigt sich der grundlegende Unterschied zwischen dem Problem der Rechtshängigkeit und dem Problem der Konnexität – stehen Gerichtsstandsfragen bei konnexen Prozessen im Vordergrund. Mehrere konnexe Prozesse sollen in einem Verfahren zusammengelegt werden. Dies setzt voraus, daß das auszuwählende Gericht an sich für die mehreren konnexen Rechtsstreitigkeiten zuständig, resp. ausschließlich zuständig sei. Diese Zuständigkeit kann für einzelne konnexe Streitgegenstände ausdrücklich – durch Spezialgerichtsstand – erteilt sein (z. B. notwendige Streitgenossenschaft, ebenfalls in den meisten Prozeßordnungen für die Widerklage). Allgemein muß sie aber durch einen besonderen Gerichtsstand vorgesehen sein, und zwar durch einen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs.

Grundsätzlich kann ein solcher Gerichtsstand zwei verschiedene Wirkungen zeitigen: Er kann Zuständigkeiten einem Gericht übertragen, die es bisher nicht hatte oder aber er kann unter mehreren zuständigen Gerichten eines als allein zuständig erklären.

1. Sind die mehreren Gerichte mit Sachen befaßt, die unter sich im Verhältnis der Konnexität stehen und ist jedes der Gerichte an sich für alle diese konnexen Sachen zuständig, so wählt der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs unter den konkurrierenden Gerichten eines als allein zuständig aus. An dieses müssen die konnexen Sachen überwiesen werden⁵.

Es kann hier aber wiederum nicht schlechterdings der Grundsatz gelten, daß das zweitangegangene Gericht zugunsten des erstbefaßten zurücktreten muß. Vielmehr ist zu unterscheiden, in welchem Verhältnis die konkurrierenden Gerichte zu einander stehen in bezug auf ihre Zuständigkeit.

a) Sind auf Grund des allgemeinen Gerichtsstandes am Wohnort des Beklagten zwei Gerichte mit konnexen Sachen befaßt, was bei konnexen Streitgegenständen und Identität der Parteien unter Vertauschung der Parteipollen oder bei der Klage eines oder mehrerer Kläger gegen eine Mehrheit von Beklagten denkbar ist, so ist dasjenige Gericht als zuständig zu erklären, das die umfassendste Streitsache zu beurteilen hat. Sind die konnexen Streitsachen von gleicher Bedeutung, dann mag – als reines Ordnungsprinzip – das erstbefaßte Gericht als zuständig gelten⁶.

b) Ist der eine Prozeß auf Grund des allgemeinen Gerichtsstandes, der andere aber an einem besonderen, nicht ausschließlichen Gerichtsstand begründet worden, so kann keinem der beiden Gerichtsstände an sich eine größere Bedeutung beigemessen werden, die zum Vorrang des einen oder des anderen zwingen würde. Dies ergibt sich per analogiam aus der Überlegung, daß der Kläger, wenn ihm für eine Streitsache zwei Gerichtsstände, ein besonderer und der allgemeine, zur Verfügung gestellt werden, er unter diesen beiden die freie Wahl hat⁷. Demgemäß soll auch hier jenes Gericht den ganzen konnexen Prozeß übernehmen, welches mit der umfassenderen Sache angegangen wird, und falls die beiden Streitgegenstände gleichbedeutend sind, soll der Grundsatz der Prävention gelten.

c) Steht ein Prozeß am allgemeinen Gerichtsstand einem konnexen Prozeß an einem ausschließlichen besonderen Gerichtsstande gegenüber, so soll auf Grund des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs

⁵ Zur Überweisung, siehe unten S. 90.

⁶ Als Ordnungsprinzip sollte auch hier die prozeßökonomische Regel gelten, daß das mit der Prozeßbehandlung weiter vorgeschrittene Gericht allein zuständig ist.

⁷ Guldener, a.a.O. Bd. I, S. 78.

das Gericht des ausschließlichen Gerichtsstandes als zuständig gelten. Es muß hier den besonderen prozeßrechtlichen Interessen, die zur Aufstellung der ausschließlichen Gerichtsstände geführt haben, gebührend Rechnung getragen werden. Praktisch wird dieser Fall nicht sehr häufig sein.

Unter zwei ausschließlichen besonderen Gerichtsständen, an denen konnexe Sachen beurteilt werden, kann an sich keinem der Vorrang zugewiesen werden. Es wird die gleiche Regelung wie unter a) die zweckmäßigste sein⁸.

2. Ist unter mehreren mit konnexen Sachen befaßten Gerichten jedes der Gerichte nur für die getrennt bei ihm eingeklagten Streitgegenstände zuständig, so kann der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, auf Grund dessen eine Zusammenlegung der Prozesse erfolgt, bei einem der Gerichte eine zusätzliche Zuständigkeit begründen. Für das Verhältnis der konkurrierenden Gerichte in bezug auf ihren Gerichtsstand – allgemeiner, besonderer, besonderer ausschließlicher – gilt unmittelbar das unter 1. Angeführte. Hier ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Erweiterung der Zuständigkeit auf Grund des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs nicht eine unbegrenzte sein kann. Sie findet ihre Beschränkungen wie folgt:

Beide Gerichte müssen funktionell gleicherweise zuständig sein. Es kann nicht eine obere Instanz zugunsten eines untergeordneten Gerichts seine Kompetenz verlieren, weil das untere Gericht eine konnexe Sache beurteilt. Ebensowenig ist das Umgekehrte möglich, indem das oberinstanzliche Gericht unmittelbar konnexe Ansprüche, die an einem unteren Gericht eingebracht wurden, übernimmt. Nicht nur würde dadurch die Einbringung von Noven in der Rechtsmittelinstanz weitgehend ermöglicht, sondern es würde dadurch auch für die konnexen Sachen, die an der unteren Instanz eingebracht wurden, eine Instanz verloren gehen.

Was die sachliche Zuständigkeit anbelangt, so ist einmal zu bemerken, daß zwischen einem ordentlichen Gericht und einem Sondergericht eine Zusammenlegung von Prozessen nur in dem Sinne denkbar ist, daß das Sondergericht zugunsten des ordentlichen Gerichts seine Zuständigkeit einbüßt. Dies muß sich aus dem Grundsatz, daß die Kompetenz der ordentlichen Gerichte im Prinzip allumfassend

⁸ Dies ist etwa der Fall bei zwei Scheidungsklagen beider Ehegatten, die getrennte Wohnsitze haben.

ist und im weiteren auch aus der besonderen Aufgabe der Sondergerichte, die für eine bestimmte Anzahl von Rechtsstreitigkeiten eine gewisse eigentümliche Ausgestaltung erfahren haben, ergeben. Ein Handelsgericht kann deshalb nicht durch den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs zur Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten kompetent werden, wenn ihm die sachliche Zuständigkeit über die konnexen Sachen fehlt.

Unter den ordentlichen Gerichten wird die sachliche Zuständigkeit, soweit es sich um Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur handelt, nach der Höhe des Streitwertes bemessen. Sind mehrere ordentliche Gerichte verschiedener sachlicher Zuständigkeit mit konnexen Sachen befaßt, so soll dasjenige Gericht, dessen Zuständigkeit die größten Streitwerte umfaßt, auch für die konnexen Sachen allein zuständig sein. Dabei können die zusammengezählten Streitwerte der einzelnen konnexen Sachen die Zuständigkeit des Gerichtes überschreiten. Es hätte sich dann ein drittes Gericht, das seinerseits für den vollen Streitwert kompetent wäre, mit der Sache zu befassen.

Auf die Berechnung des Streitwertes bei Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen zu werden⁹.

IV. Gerichtsstand des Sachzusammenhangs und Aussetzung des Verfahrens

Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs kann sinnvollerweise und der Prozeßökonomie folgend nur dann durchgreifen, wenn die mehreren Prozesse ungefähr zur gleichen Zeit angehoben werden.

Würde ein Nachbringen konnexer Streitgegenstände in jedem Teile des Verfahrens und auch noch in der Rechtsmittelinstanz auf Grund des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs gestattet, dann wären Tür und Tor offen für beliebige Verschleppungen und Trölereien des Verfahrens. Jede Partei hätte es in der Hand, an einem andern Gericht konnexe Rechtsstreitigkeiten anhängig zu machen, die Einrede der Konnexität abzuwarten (oder selbst zu erheben), und es müßte dann eines der beiden Gerichte den ganzen Prozeß neu aufrollen.

Einer derartigen Möglichkeit steuert einmal, daß zwischen zwei Gerichten verschiedener funktioneller Zuständigkeit eine Zusammen-

⁹ Vgl. *Guldener*, a.a.O. Bd. 1, S. 82 f.

legung konnexer Sachen zum vorneherein nicht in Frage kommt¹⁰. Ist demnach ein Prozeß bereits an einer oberen Instanz hängig, so kann das untere Gericht nur durch Aussetzung ihres konnexen Verfahrens widersprechende Urteile verhüten.

Ein beliebiges Nachbringen konnexer Ansprüche vor Gerichten gleicher Instanz wird anderseits am Verbot der Klageänderung scheitern.

Es stellt sich grundsätzlich zwischen dem Gerichtsstand des Sachzusammenhangs und dem Verbot der Klageänderung die Frage, inwieweit der erstere an dem letzteren seine Grenzen findet. Das Verbot der Klageänderung ist in den Prozeßgesetzen verschieden geordnet. Würden wir auf jene Gesetze abstellen, die die Klageänderung schlechthin verbieten, so würde damit dem Gerichtsstand des Sachzusammenhangs ein Großteil seines Anwendungsgebietes genommen¹¹. Die Klageänderung aber in vollem Umfange zuzulassen¹² geht anderseits zu weit, da gewichtige prozeßökonomische Gründe dagegen sprechen¹³. Auf einer mittleren Basis müssen wir jenen Prozeßordnungen zustimmen, die eine Klageänderung insofern gestatten, als das Nachbringen konnexer Streitgegenstände erlaubt ist¹⁴.

Die Konnexität der Ansprüche ergibt sich auch hier entweder aus der Identität der tatsächlichen Klagegründe oder aus der Identität der Rechtsbehauptungen, wie wir dies ausgeführt haben¹⁵.

Über den Zeitpunkt, bis zu dem die Klageänderung gestattet ist, herrschen verschiedene Ansichten. Unseres Erachtens zu weit geht die Berner Zivilprozeßordnung, die die Klageänderung jederzeit, auch in der Berufsstanz noch zuläßt¹⁶. Eher würden wir Heußner zustimmen¹⁷, der als letzten Zeitpunkt für die Einbringung der Klageänderung die Hauptverhandlung gelten läßt. Indessen ist es wohl ausgeschlossen, eine allgemeingültige Regel für alle Prozeßgesetze

¹⁰ Das muß schon deshalb gelten, weil sonst der Kläger entweder eine Instanz verliert für seine konnexen Vorbringen, oder aber, was ganz undenkbar ist, die konnexen Prozesse ans untere Gericht verwiesen werden müßten.

¹¹ So etwa Basel-Stadt ZPO § 79. Vgl. dazu *Guldener*, a.a.O. Bd. 1, S. 205.

¹² Wie dies in Solothurn der Fall ist, ZPO § 88.

¹³ Vgl. dazu *P. Erni*, Klageänderung in Luzerner Zivilprozeßrecht, S. 4 f. *Heußner*, Die Klageänderung im schweizerischen Zivilprozeßrecht, S. 2.

¹⁴ Bundeszivilprozeßordnung Art. 26, Berner ZPO Art. 94.

¹⁵ So auch *Leuch*, Klageänderung, ZBJV 55, S. 201 f.

¹⁶ Art. 92, 93, vgl. dazu auch *Leuch*, a.a.O. S. 207 f.

¹⁷ *Heußner*, a.a.O. S. 59.

aufzustellen, hängt doch diese Frage weitgehend auch davon ab, ob das Verfahren rein mündlich ist, oder ein schriftliches Vorverfahren kennt. Sicher ist nur, daß die Zulassung der Klageänderung nur solange gestattet werden kann, als daß nicht der Prozeß unnötig kompliziert, in die Länge gezogen und verwirrt wird. Für den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs drängt sich jeweils eine analoge Lösung auf. Grundsätzlich also soll der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs bis zur Hauptverhandlung angerufen werden können, im einzelnen mögen sich aber für die verschiedenen Prozeßgesetze Unterschiede ergeben¹⁸.

Nach diesem Zeitpunkt nun kann nur noch die Aussetzung der Verhandlungen im später angehobenen Prozeß wirksam helfen, die widersprechenden Urteile zu verhüten. Der Kläger des späteren Prozesses wird dabei mit seiner Klage nicht abgewiesen, es werden nur die Verhandlungen unterbrochen. Ist dann der erste Prozeß zu Ende geführt, so kann ohne weiteres am Umfang der Rechtskraft dieses Urteils ermessen werden, ob das zweite Verfahren wieder aufgenommen werden muß oder ob es sich erübrige, weil das erste Urteil die umstrittenen Fragen bereits entschied.

V. Die Einrede der Konnexität

Würde sich der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs vollständig ins System der Gerichtsstände einfügen, so wäre es folgerichtig, die Geltendmachung dieses Gerichtsstandes mit der Geltendmachung jeder örtlichen Unzuständigkeit gleichzusetzen. Da ihm nun aber eine Mittelstellung zwischen den Gerichtsständen und dem Prinzip der Rechtshängigkeit zukommt, indem er zwar einerseits neue Zuständigkeiten eines Gerichts zu begründen vermag, anderseits aber auch nur unter mehreren zuständigen Gerichten eines auswählen kann, das allein zuständig sein soll, so müssen seiner prozessualen Geltendmachung besondere Regeln aufgestellt werden. Dabei muß vor allem eine Abwägung der Interessen, die die Rechtssicherheit an der Verhütung widersprechender Urteile nimmt, gegen die Freiheit der Parteien, von den ihnen zur Verfügung gestellten Gerichtsständen nach Wahl Gebrauch machen zu können, vorgenommen werden. Fehlt die Zuständigkeit eines Gerichts allgemein, oder ist bereits ein identischer Prozeß an einem anderen Gericht hängig, so leidet der

¹⁸ Darauf können wir im Rahmen unserer Arbeit nicht eingehen.

Prozeß nach heute herrschender Meinung am Mangel einer Prozeßvoraussetzung¹⁹. Es muß gefordert werden, daß diese Prozeßvoraussetzungen von Amtes wegen berücksichtigt werden, wiewohl die Mehrzahl der Prozeßgesetze diese Haltung noch nicht einnimmt²⁰. Gilt dies auch für den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs?

Von der Frage der Zuständigkeit aus gesehen ist dies zu verneinen. Von mehreren mit konnexen Sachen befaßten Gerichten sind alle an sich für die bei ihnen hängige Streitsache zuständig; dies ist geradezu eine Voraussetzung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs, ansonst ja die mehreren Gerichte, oder doch wenigstens ein Teil davon, auf Grund ihrer Unzuständigkeit schon den Prozeß abweisen müssen und der Konflikt widersprechender Urteile gar nicht aktuell werden kann. Die Zuständigkeitsfrage kann uns keinen Hinweis auf die Geltendmachung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs geben.

Die enge Verwandtschaft aber mit der Rechtshängigkeit kann uns weiter bringen, obwohl gerade hier auch Unterschiede festzustellen sein werden. Von zwei gleichzeitig hängigen Prozessen über die gleiche Sache kann unbedenklich der eine zurückgewiesen werden. Die Interessen der Parteien auf Rechtsschutz werden vollständig und erschöpfend gewahrt in jedem der beiden hängigen Prozesse, soweit dies in der Macht der Rechtsprechung und nicht in den Händen der Parteien selbst liegt. Unbedenklich kann deshalb eine Abweisung des einen identischen Prozesses von Amtes wegen gefordert werden, wie dies den staatlichen Interessen an Rechtssicherheit entspricht. Auch bei den konnexen gleichzeitig hängigen Prozessen muß dieses Rechtssicherheitsinteresse der staatlichen Autorität, das an der Verhütung von widersprechenden Urteilen besteht, Beachtung finden. Doch drängt es nicht ebenso gebieterisch zur Berücksichtigung des konnexen Prozesses von Amtes wegen. Die Urteile der getrennt geführten Prozesse führen im allgemeinen nicht zu kontradiktorisch widersprüchlichen Entscheidungen wie bei identischen Prozessen. Immerhin sind sie möglich. Wenn etwa an zwei Gerichten die Scheidungsklage und die Trennungsklage erhoben wird, und die beiden Prozesse getrennt zur Durchführung gelangen, dann kann das eine Mal die Scheidung, das andere Mal bloß die Trennung ausgesprochen

¹⁹ *Guldener*, a.a.O. Bd. 1, S. 146, *Rosenberg*, a.a.O. S. 137, 381.

²⁰ *A. Heusler*, *Zivilprozeß*, S. 79 f.

werden (oder es kann auch die Trennung abgelehnt, die Scheidung aber ausgesprochen werden). Der Widerspruch liegt zutage²¹. In der Regel aber werden die konnexen Sachen, sofern sie getrennt beurteilt werden, zwar zu widersprüchlichen Feststellungen und Begründungen in den mehreren Urteilen führen können, allein die Urteilsinhalte können durchaus jeder für sich vollstreckt werden. Wenn etwa das außereheliche Kind und die Mutter gegen den mutmaßlichen Vater getrennt an verschiedenen Gerichten Klage erheben und verschiedene Urteile in dem Sinne ergehen, daß dem Kind die Unterhaltskosten zugesprochen werden, die Begehren der Mutter aber auf Schadloshaltung gemäß Art. 317 ZGB abgewiesen werden, so kann wohl eine widersprüchliche und der staatlichen Autorität abträgliche Äußerung zweier Gerichte über denselben Sachverhalt vorliegen, indem das eine Mal die Vaterschaft anerkannt, im andern Fall aber geleugnet wird, allein vollstreckbar sind durchaus beide Urteile.

Zudem sind bei bloß konnexen Prozessen die Interessen der Parteien an getrennter Verhandlung nicht zu übersehen, Interessen, die bei identischen Prozessen nicht schutzwürdig bestehen. In gewissem Sinne haben die Parteien einen Anspruch darauf, nur an jenem Gerichtsstande verhandeln zu müssen, der auf Grund der Zuständigkeitsordnung gegeben ist. Ein Beklagter hat z. B. ein Interesse daran, an seinem ordentlichen Gerichtsstand des Wohnortes belangt zu werden, weil seine Verteidigung im Prozeß sich dadurch billiger und einfacher gestaltet. Anderseits kann er natürlich auch gerade ein Interesse daran haben – falls er sich in mehreren Prozessen verteidigen muß –, daß diese Prozesse in einem Verfahren entschieden werden; es ist ihm im Interesse der Prozeßökonomie daran gelegen, daß konnexe Prozesse zusammengelegt werden. Das gilt etwa im eben angeführten Beispiel der Vaterschaftsklage von Mutter und außerehelichem Kinde.

Die gleichen Überlegungen gelten auch für die Klägerseite. Sie mag ein Interesse haben, mehrere Ansprüche gegen einen oder mehrere Beklagte an einem gemeinsamen Gericht einzuklagen, sie mag es aber auch vorziehen, an einem Gerichtsstande, der zu ihrem Vorteil

²¹ Gewöhnlich allerdings wird dieser Widerspruch in der Rechtsprechung verhütet, indem man zwischen der Scheidungs- und Trennungsklage die Einrede der Rechtshängigkeit durchgreifen läßt. Dem kann aber von der hier vertretenen Ansicht aus nicht zugestimmt werden, siehe unten S. 156 ff.

eigens aufgestellt wurde, den Beklagten zu belangen, ohne sich an ein anderes, vom Beklagten mit einer konnexen Sache befaßtes Gericht wenden zu müssen. Für den letzteren Fall diene wiederum die Scheidungsklage als Beispiel, die die Ehefrau – auf Grund von Art. 170 ZGB zu eigenem Wohnsitz berechtigt – an ihrem Wohnsitz gegen den Ehegatten erhebt (Art. 144 ZGB), der seinerseits ebenfalls an seinem eigenen Wohnsitz Klage auf Scheidung erhoben hat²².

Diese Überlegungen führen uns zum Schluß, daß das gleichzeitige Hängigsein eines konnexen Prozesses durch Einrede der Parteien zu rügen ist. Dies wird auch, da meist nur die Parteien, nicht aber der Richter um die gleichzeitig hängigen konnexen Prozesse wissen, die praktisch häufigste Art der Geltendmachung sowohl der Rechtshängigkeit als auch des Gerichtsstandes der Konnexität sein. Die Einrede kann von jeder der beiden Parteien erhoben werden. Logischerweise muß sie solange eingebracht werden können, als das Zusammenlegen der konnexen Prozesse noch möglich ist²³. Das Gericht hat die Einrede zu überprüfen und im Falle der Ablehnung durch Zwischenurteil zu entscheiden. Wird die Einrede jedoch gutgeheißen, so kann nicht – wie bei dem Fehlen einer Prozeßvoraussetzung²⁴ – durch prozeßerledigendes Endurteil im Sinne eines Prozeßurteils entschieden werden, indem die Klage abgewiesen wird. Es soll vielmehr das Gericht den Prozeß von Amtes wegen an das mit der konnexen Sache befaßte Gericht überweisen²⁵.

Nachdem wir nun den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs skizziert haben und ihn im Zusammenhang mit dem Prinzip der Rechtskraft und der Rechtshängigkeit als im Dienst der Verhütung

²² Im Falle der Scheidungsklage allerdings wird, weil sie außerordentlich stark vom öffentlichen Interesse beherrscht wird, außerordentlicherweise immer die Zusammenlegung von Amtes wegen erfolgen müssen, resp. für die schweizerischen Prozeßrechte die Abweisung des einen Klägers, der sich dann widerklageweise an den andern Gerichtsstand halten muß.

²³ Siehe oben S. 86.

²⁴ Zum Beispiel der negativen Prozeßvoraussetzung eines anderswo hängigen identischen Prozesses.

²⁵ Die Überweisung hat den Vorteil, daß das andere Gericht zur Übernahme des konnexen Prozesses gezwungen wird, so daß ein negativer Kompetenzkonflikt vermieden wird. Eine derartige Überweisung kennen in der Schweiz die Kantone Graubünden (ZPO § 114), Waadt (Art. 94) und Freiburg (Art. 44 und 45) für den Fall, da sich das Gericht unzuständig erklärt.

widersprechender Urteile erkannt und dargestellt haben, mag im zweiten Teil dieser Arbeit der Frage Genüge getan werden, wie der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, den wir hier zunächst in der Hauptsache *de lege ferenda* postulierten, in den Prozeßordnungen verwirklicht ist. Es wird dabei eine Überprüfung der hier aufgestellten Grundsätze anhand des positiven Rechts möglich sein, die die praktische Bedeutung und Wünschbarkeit eines solchen Gerichtsstandes für jede Prozeßordnung zu beleuchten vermag.

II. Teil

Gerichtsstand und Einrede des Sachzusammenhangs in den einzelnen Rechtsordnungen

1. Abschnitt

Darstellung außerschweizerischer Prozeßordnungen

Dem Problem des Gerichtsstandes und der Einrede des Sachzusammenhangs haben die verschiedenen Länder, deren Prozeßgebungen hauptsächlich für die Schweiz von Bedeutung waren, im allgemeinen wenig theoretische Beachtung geschenkt. Grund dafür war wohl, daß in praxi die Prozesse früherer Zeiten im allgemeinen dem einfachen Schema eines Streites um einen Anspruch auf Leistung zwischen einem Kläger und einem Beklagten entsprachen und daß man in den wenigen Fällen, die eine Mehrheit von Parteien oder von verwandten Streitgegenständen aufweisen, vor allem die augenfälligeren Probleme der Rechtskraft und der Rechtshängigkeit, der Streitgenossenschaft und der Klagehäufung behandelte.

Von der Praxis aus stellte sich das Problem des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs somit wohl kaum sehr dringlich dar. Immerhin haben unter der Herrschaft des gemeinen Rechts sehr intensive Diskussionen über diese Frage stattgefunden, doch war ihr Grund nicht ein praktisches Bedürfnis, sondern die theoretische und auch allzu theoretische Erörterung römisch-rechtlicher Quellen, in denen man den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs nachzuweisen glaubte. Gerade weil die Praxis die Frage nicht stellte, sind jene Probleme, einem Bedürfnis nicht entsprechend, nicht sehr fruchtbar diskutiert worden, sie haben auch keine befriedigende Lösung gefunden¹ und gerieten dann mit der Überwindung des gemeinen Prozesses und der Auseinandersetzung um das publizistische Klagerecht² in den Hintergrund. Der ganze Komplex der Fragen um die möglichen Urteilkollisionen wurde zurückgedrängt von der nun einsetzenden Diskussion um die Ausgestaltung der Rechtskraft, um die Trennung von

¹ Vgl. darüber unten S. 126 ff.

² oben S. 11.

formeller und materieller Rechtskraft zuerst, um die Begründung und Umschreibung der materiellen Rechtskraft dann im besonderen.

Wenn damals einzelne schweizerische Kantone in ihren Prozeßordnungen den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs noch weiterhin aufführten, den unterdessen die Zivilprozeßordnung des deutschen Reichs³ aufgegeben hatte⁴, und wenn diese Kantone auch heute noch den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs erwähnen, so ist dafür doch – wenigstens was die vom gemeinen Recht beeinflussten kantonalen Prozeßordnungen anbelangt – jede praktische Bedeutung und wohl auch das Wissen darum verloren gegangen. Die wenigen Bestimmungen darüber scheinen Relikte des gemeinen Prozesses zu sein, deren Berechtigung nicht mehr empfunden wird. Wenn wir mit dieser Arbeit eine Belebung versuchen, so tun wir dies, weil unterdessen von einer neuen Seite her ein neues Problem in Diskussion gestellt wurde, der der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs dienlich sein kann. Diese Diskussion geht um die durch Böttichers Werk⁵ klargestellten Fragen der Urteilsgeltung und der Vermeidung von Urteilskollisionen. In Deutschland ist seither sehr viel darüber geschrieben worden, doch verliefen alle Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Ausgestaltung der prozessualen und materiellen Rechtskrafttheorie⁶. Jede Richtung versuchte der andern zu beweisen, daß sie nicht alle auftretenden Konflikte zwischen Urteilen zu lösen vermöge, wenn die Urteile in Kollision geraten⁷.

In der Schweiz haben diese Auseinandersetzungen wenig Widerhall gefunden, was um so verständlicher ist, wenn man bedenkt, daß die Diskussionen in Deutschland in der Hauptsache der Auslegung einzelner Bestimmungen der Prozeßordnung galten, und die einzelnen Theorien vom Wortlaut dieser Bestimmungen ausgingen⁸.

In Frankreich aber und in Italien hat der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs schon seit langem seinen Platz und auch eine ent-

³ Zivilprozeßordnung vom 30. Juni 1877.

⁴ vgl. *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 126, *Wach*, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, S. 488.

⁵ *Bötticher*, Kritische Beiträge zur Lehre der materiellen Rechtskraft.

⁶ oben S. 40 ff.

⁷ Typisches Beispiele etwa das Problem der Rechtskraft eines Urteils, dessen Akten verloren gingen, in einem späteren Verfahren.

⁸ Beispielsweise das Problem des Anspruchs, sei er nun materiellrechtlich oder prozessual.

sprechende Darstellung erfahren. Wir wollen uns besonders dem französischen Prozeßrecht zuwenden, einmal, weil es auf verschiedene schweizerische Kantone eingewirkt hat, dann aber auch, weil es Einflüsse auf die deutsche Reichszivilprozeßordnung ausübte – indirekt allerdings nur – indem ihre Grundlage, die Hannover'sche Prozeßordnung⁹ auf dem Code de Procédure civile aufgebaut war.

1. Kapitel

Das französische Prozeßrecht

I. Grundzüge

Das französische Gesetz über den Zivilprozeß wurde am 14. April 1806 erlassen und trat bereits am 24. April 1806 in Kraft. Eine Kodifikation der Revolution dem Zeitpunkt ihres Entstehens nach, beruht sie doch in allen Teilen durchaus auf bewährter Lehre und Rechtsprechung. Letztere hat im Laufe des letzten und dieses Jahrhunderts der Handhabung des französischen Prozeßrechts zu einer Verfeinerung verholfen, die dem deutschen Prozeßrecht trotz allem wissenschaftlichen Bemühen nicht vergönnt war, konnten sich doch die deutschen Prozeßrechtler nicht auf ein gleich beständiges Gesetz stützen. Im Zentrum des französischen Prozeßrechts steht der Grundsatz des Parteibetriebes. «Un caractère essentiel de la procédure française, c'est qu'elle est dirigée par les parties», sagt Garsonnet in seinem Lehrbuch². Hand in Hand damit geht ein sehr ausgeprägter individualistischer Zug, der sich bei den meisten Autoren äußert. So ist es denn kein Zufall, daß die Eventualmaxime im französischen Prozeß vorherrscht, daß der Richter nicht von Amtes wegen die Prozeßvoraussetzungen prüft, wie es nun die neuere deutsche und auch die schweizerische Prozeßwissenschaft fordert. Statt dessen stehen dem Beklagten eine Reihe von Verteidigungsmitteln zur Verfügung, von denen aus wir unserem Problem am nächsten kommen.

⁹ Vom 8. November 1850 datierend, vgl. *Stein-Jonas*, Kommentar, S. 2 f., der unter den Vorbildern des Hannover'schen Prozesses insbesondere auch die Genfer ZPO vom 29. September 1819 anführt.

¹ Vgl. dazu auch *Schurter-Fritzsche*, Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, Bd. 2, 1. Teil, S. 22.

² *Garsonnet et César-Bru*, Traité théorique et pratique de Procédure civile et commerciale, Bd. 2, S. 45.

II. Die Verteidigungsmittel im Allgemeinen

Dem Grundsatz des Parteibetriebes entspricht die Vielzahl der Verteidigungsmittel, die dem Beklagten zur Verfügung stehen, die er aber beinahe ausschließlich bei der Gefahr der Prozeßniederlage selbst vorbringen muß. Von Gesetz und Wissenschaft werden hauptsächlich zwei Kategorien von Verteidigungsmitteln unterschieden: die exceptions und die défenses, auch défenses au fond genannt³. Unter den exceptions sind jene Verteidigungsmittel zu verstehen, die nicht den Bestand der Klage selbst angreifen, nicht die streitige Rechtsbehauptung an sich betreffen⁴; es sind also Einreden, die bloß eine Verhinderung des Prozesses zur Zeit oder vor dem befaßten Gericht erreichen wollen. Deren wichtigste sind die Einrede der nicht geleisteten Kautions⁵, die für uns bedeutsamen Einreden der Rechtshängigkeit (exception de litispendance) und der Konnexität (exception de la connexité)⁶. Unter den défenses, die hier weniger interessieren, wären etwa die Einrede der Rechtskraft, der Verjährung, aber auch die Bestreitung der Aktivlegitimation des Klägers und die Bestreitung der klägerischen Rechtsbehauptung schlechthin zu nennen. Die begriffliche Unterscheidung von exception und défense zeigt sich wohl begründet, wenn man die verschiedenen Wirkungen der einen und der andern auf das Prozeßgeschehen in Betracht zieht⁷:

Dringt der Kläger mit einer défense durch, so hat der Richter damit zugleich auch über den ganzen Prozeß geurteilt; da die défense das Recht des Klägers grundsätzlich in Frage stellt, ist damit der Kläger endgültig abgewiesen⁸. Milder ist die Wirkung einer siegreichen

³ Es ist zu bemerken, daß der Sprachgebrauch sehr uneinheitlich ist. Bald wird jedes Verteidigungsmittel als exception bezeichnet, immer wird die typische défense der Rechtskraft als exception de la chose jugée erwähnt. Der Begriff exception stammt aus der römisch-rechtlichen exceptio, doch hat er einen Bedeutungswandel durchgemacht, vgl. dazu *Boitard*, *Leçons de Procédure civile*, Bd. 1, S. 393 f.

⁴ *Glasson-A. Tissier*, *Traité théorique et pratique d'Organisation judiciaire, de Compétence et de Procédure civile*, Bd. 1, S. 574, *Morel*, *Traité élémentaire de Procédure civile*, S. 49, *Garsonnet*, a.a.O. Bd. 1, S. 699, 702 f.

⁵ Art. 166 Code de Procédure civile (C.P.c.)

⁶ Zusammen mit der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit bilden sie die Gruppe der exceptions dilatoires oder auch renvois genannt, *Garsonnet*, a.a.O. Bd. 1, S. 708.

⁷ *Morel*, a.a.O. S. 53, *Garsonnet*, a.a.O. Bd. 1, S. 702 f.

⁸ Hier herrscht in der französischen Lehre Übereinstimmung, vgl. *Morel*, a.a.O. S. 53.

exception, ihre Folge ist das einstweilige von der Hand-Weisen des Prozesses, sei es in dem Sinne, daß der Kläger den Prozeß an einem anderen Gerichte anhängig zu machen hat, sei es, daß andere Mängel zuerst behoben werden müssen. Dringt der Beklagte mit einer exception durch, so ist für den Kläger noch nichts verloren, da ja über die Klage selbst noch keine Entscheidung gefällt wurde. Soweit etwa sind die französischen Prozessualisten einig⁹. Seit altersher wurden aber neben den exceptions und den défenses sowohl in der Doktrin als auch in der Rechtssprechung noch die fins de non recevoir unterschieden¹⁰, deren ausdrückliche Nennung im Gesetz allerdings erst in einer Gesetzesnovelle des Jahres 1935 erfolgte¹¹, zu einer Zeit, in der gerade die Berechtigung dieser dritten Kategorie von Verteidigungsmitteln angegriffen wurde¹². Unter den fins de non recevoir wurden etwa jene Einreden verstanden, die ein mangelndes Rechtsschutzinteresse oder eine Verwirkung der Klageberechtigung wegen Verspätung geltend machen, Rügen also, die das droit d'action, das «Klagerecht» des Klägers betreffen¹³. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, dieser Kontroverse im einzelnen nachzugehen. Um so wichtiger ist uns aber die Diskussion, die sich über den Zeitpunkt, in dem die Einreden geltend gemacht werden müssen, ergeben hat. Unbestritten war, daß die défenses jederzeit, das heißt bis zum Schluß der Parteivorträge angebracht werden können. Wie lange aber die Einreden der Unzuständigkeiten, der Rechtshängigkeit und auch der Konnexität geltend gemacht werden können, darüber herrschte in Judikatur und Wissenschaft einige Unsicherheit, die auch heute noch keine eindeutige Lösung gefunden hat¹⁴. Gemeinsam ist ihnen die zugedachte Aufgabe, nämlich die Verhütung von Kompetenzkonflikten. Dieser Aufgabe kommt im französischen Recht

⁹ Manchmal werden, alten Bezeichnungen folgend, doch ungenau, die défenses als exceptions péremtoires bezeichnet und die eigentlichen exceptions aufgeteilt in dilatoires, déclinatoires und exceptions de nullité de forme vgl. *Morel*, a.a.O. S. 51.

¹⁰ Vgl. *Garsonnet*, a.a.O. Bd. 1, S. 709.

¹¹ Décret modifiant divers articles du Code de Procédure civile vom 30. Oktober 1935.

¹² *Glasson*, a.a.O. Bd. 1, S. 588 bemerkt: Il faut ajouter d'ailleurs que sur toutes les questions s'élevaient des controverses et qu'une assez grande obscurité a toujours régné en cette matière.

¹³ Es handelte sich hier nicht um den Begriff des Klagrechts, wie er den deutschen Prozessualisten des ausgehenden 19. Jahrhunderts erschien.

¹⁴ *Morel*, a.a.O. S. 254.

große Bedeutung zu; wir werden, nach Erörterung der beiden vor allem uns beschäftigenden Einreden, darauf unten S. 114 ff. noch zurückkommen.

III. Die Einrede der Rechtshängigkeit

Für die Einrede der Rechtshängigkeit gelten im französischen Prozeßrecht eine Reihe von Besonderheiten. Der Art. 171 des Code de Procédure civile (C.P.c.) heißt im Wortlaut: «S'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet, . . . le renvoi pourra être demandé et ordonné»¹⁵. Le même objet zielt auf die Identität der beiden Streitgegenstände ab. Allerdings haben sowohl die Lehre als auch die Gerichtspraxis übereinstimmend die Rechtshängigkeitsvoraussetzung insofern erweitert, als für die Identität zweier Streitgegenstände auch die Übereinstimmung der causes gefordert wurde. Die causes sind nach Morel¹⁶ «le fondement juridique de la prétention». Es handelt sich dabei demnach nicht um den von Nikisch¹⁷ vertretenen Begriff der Klagegründe, die in der Anführung rein tatsächlicher Momente bestehen; der französischen Auffassung zufolge ist die Klagebegründung vielmehr eine Darlegung von Rechtsgründen. Dies bezeugt auch ein neuerer Entscheid der französischen Rechtssprechung¹⁸, in welchem die Identität der causes verneint wurde im Falle eines Schadenersatzanspruches aus Vertrag und des gleichen Schadenersatzanspruches aus Delikt. Demgemäß wurde hier die Einrede der Rechtshängigkeit verworfen. Weitere Voraussetzung ist die Identität der Parteien, wohl aber nicht die der Parteirollen¹⁹.

Wir sehen schon aus dem wenigen Gesagten, daß das französische Prozeßrecht recht strenge Maßstäbe an die Identität zweier Rechtstreitigkeiten legt. Wenn es sich auch keinerlei tiefgreifenden Untersuchungen über die genaue Definition des objet eines Prozesses gewidmet hat, wenn wir vorläufig deshalb dafür den im deutschen Recht so umstrittenen Begriff des Anspruches am ehesten dafür brauchen

¹⁵ Neben der Einrede der Rechtshängigkeit normiert Art. 171 noch die Einrede der Konnexität.

¹⁶ a.a.O. S. 242. Von cause spricht zwar der Wortlaut des Art. 171 nicht.

¹⁷ oben S. 18 f.

¹⁸ D.H. 1937, S. 275.

¹⁹ Garsonnet, a.a.O. Bd. 3, S. 15, Anm. 1.

müssen, nicht aber ohne beizufügen, daß damit ein weiterer Sinn gemeint ist als bloß der materiellrechtliche Anspruch auf Leistung, so hat in praxi doch eine sehr umfangreiche Rechtssprechung den Maßstäben für Identität von objet und causes genügend Aufmerksamkeit geschenkt, daß darüber keinerlei grundlegende Schwierigkeiten mehr bestehen²⁰.

Die Anwendung der Einrede der Rechtshängigkeit findet bei den strengen Anforderungen, die das französische Prozeßrecht an die Identität zweier Rechtsstreitigkeiten stellt, naturgemäß wenig Raum. Boitard²¹ führt etwa als Beispiel an, daß der Erbe eine Klage, die sich aus dem Erbgut ergibt, anstrengt, ohne zu wissen, daß der Erblasser diese selbe Klage zu Lebzeiten bereits hängig gemacht hat. Die Kläger sind hier als identisch zu betrachten; der Erbe folgt in alle Rechte des Erblassers nach, ihm steht somit ein vom Erblasser behauptetes Recht zu. Hauptsächlich wird die Einrede der Rechtshängigkeit Trölerie und Vollstreckungsschwierigkeiten infolge widersprechender Urteile zu verhindern zur Aufgabe haben.

Die Wirkung einer durchgedrungenen Einrede der Rechtshängigkeit ist, daß das nun unzuständig gewordene Gericht den renvoi an dasjenige Gericht, das sich zuerst mit dem Prozeß befaßte, anordnet²². Zuständig wird das zuerst angegangene Gericht, Kriterium für den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit ist das Datum des exploit d'ajournement, womit die dem französischen Prozeß eigene Ausfertigung der Ladung durch den Huissier gemeint ist²³.

Umstritten ist die Frage, wie lange die Einrede der Rechtshängigkeit im zweiten Prozeß geltend gemacht werden kann. Aus den verschiedenartigen Antworten der französischen Prozessualisten gewinnen wir zugleich näheren Einblick in die nach französischem Recht der Rechtshängigkeit zugedachten Aufgaben. Diese Frage konnte nur deshalb so manche Kontroverse heraufbeschwören, weil

²⁰ *Recueil Sirey* 1901 I. 318, *Recueil Sirey* 1929 I. 127. Vgl. die umfangreiche Judikatur bei *Dalloz*, Code de Procédure civile annoté Art. 171.

²¹ *Boitard*, a.a.O. Bd. 1, S. 408, no. 356.

²² Es ist zu bemerken, daß doch wohl bei der Rechtshängigkeit die Überweisung der Abweisung gleichkommt. Bei strikter Identität, die Voraussetzung der Rechtshängigkeitseinrede ist, kann ja nur das an das andere Gericht überwiesen werden, was dort schon hängig ist. An diesem Gericht werden also keine neuen Rechtsbehauptungen mehr in das Verfahren eingeführt.

²³ *Boitard*, a.a.O. Bd. 1, S. 407, Anm. 1; *Morel*, a.a.O. S. 254.

das Gesetz über den Zeitpunkt der Geltendmachung von Einreden überhaupt sehr lückenhaft ist. Es bestimmt zwar ausdrücklich, daß die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit vor allen exceptions und défenses au fond einzubringen sei (Art. 169), daß demgegenüber die sachliche und funktionelle Unzuständigkeit zu jeder Zeit, das heißt bis zum Schluß der Parteivorträge, noch angebrachterweise gerügt werden kann (Art. 170), und daß schließlich die exceptions dilatoires vor jeder défense au fond (alle gemeinsam) und die exceptions de nullité de forme vor allen exceptions und défenses, ausgenommen der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit erhoben werden müssen (Art. 186 und 173). Daraus ist ersichtlich, daß eine bestimmte Reihenfolge nicht gegeben ist. Einmal ist unklar, ob die exceptions dilatoires vor oder nach den exceptions de nullité de forme erhoben werden müssen, dann aber fehlt insbesondere für die exceptions déclinatoires, für die Einreden der Rechtshängigkeit und der Konnexität also, jede Bestimmung. Sind sie nur in limine litis oder jederzeit möglich? Wie ist ihre Reihenfolge im Vergleich mit den übrigen Einreden?

Für den Prozeß vor Handelsgericht allerdings scheint die Lösung klar zu sein, verweist doch der Art. 424 alle exceptions, mit Ausnahme der Einreden der sachlichen und funktionellen Unzuständigkeit (*incompétence ratione materiae*)²⁴ in das Verfahren vor der Behandlung der défenses. Sie müssen also alle in limine litis erhoben werden. Es ist nun die Frage, ob aus dieser Sonderbestimmung für den Prozeß vor Handelsgericht per analogiam auf das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten geschlossen werden darf, oder ob im Gegenteil nach dem *argumentum e contrario* diese Sonderbestimmung nur für den Handelsprozeß gelten soll, wobei dann für das ordentliche Verfahren eigene Bestimmungen aufzustellen wären. In der Lehre und Rechtsprechung haben sich drei verschiedene Antworten herausgebildet:

1. Das besondere öffentliche Interesse, das die staatliche Autorität an der Verhinderung positiver Kompetenzkonflikte, wie das französische Recht das Problem der widersprechenden Urteile etwas zu

²⁴ Das französische Prozeßrecht unterscheidet zwischen einer absoluten und relativen Unzuständigkeit in dem Sinne, daß erstere (*incompétence ratione materiae*) von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, letztere (*incompétence ratione personae vel loci*) von den Parteien in limine litis gerügt werden muß. Die absolute Unzuständigkeit betrifft die sachliche und funktionelle Zuständigkeit, die relative die persönliche und örtliche, vgl. *Morel*, a.a.O. S. 178 und insbesondere *J. Roussel*, *Les clauses attributives de compétence*, S. 118.

speziell bezeichnet hat, betont jene Auffassung, die die gleichzeitige Verhandlung identischer Streitgegenstände von Amtes wegen zu verbieten heißt. Folgerichtig nimmt sie für die Einbringung der Rechtshängigkeitseinrede, die dann nur noch Platz greifen soll, wenn das Gericht nicht von Amtes wegen eingriff, an, daß sie bis zum Schluß der Parteivorträge möglich sei. Unterstützt wird diese Ansicht durch die im Gesetz festgelegte Berücksichtigung der Unzuständigkeitsinreden sachlicher und funktioneller Natur von Amtes wegen, die dann einredeweise auch bis zum Schluß der Parteivorträge geltend gemacht werden können. Per analogiam, da ja das öffentliche Interesse beim Verbot gleichzeitiger nochmaliger Verhandlung ebenso stark sei, wird auf die Einrede der Rechtshängigkeit geschlossen. In diesem Sinne sprach sich Carré unter Berufung auf ältere gleichlautende Meinungen aus²⁵. Es berührt eigenartig, daß demnach zu Anfang des letzten Jahrhunderts im französischen Prozeßrecht bereits die staatlichen Interessen so weit in den Vordergrund der Betrachtung gerückt wurden, daß eine Berücksichtigung von Amtes wegen gefordert wird, währenddem etwa in Deutschland zu jener Zeit²⁶ noch strikte am bloßen Parteibetrieb in dieser Hinsicht festgehalten wurde. Um so merkwürdiger ist, daß in der Folge diese These im französischen Prozeßrecht nicht mehr mit dieser Klarheit vertreten wurde, in Deutschland aber gegen Ende des neunzehnten Jahrhunderts die Oficialmaxime hier durchzubrechen versuchte²⁷.

2. Die entgegengesetzte Meinung, wie sie etwa aus einem Gerichtsentscheid aus dem Jahre 1859²⁸ spricht, vertritt vor allem Garsonnet²⁹. Nach ihr soll die Einrede in limine litis vorgebracht werden, und zwar unmittelbar nach den Unzuständigkeitseinreden und der Einrede der nicht geleisteten Kautiön. Da nämlich die Einrede der Rechtshängigkeit ein Verteidigungsmittel sei, das nur Parteiinteressen verfolge, und die Rechtshängigkeit zweier gleichzeitiger identischer Prozesse nicht die staatlichen Interessen berühre, müsse die Bestimmung des Art. 424 auch auf das ordentliche Verfahren Anwendung finden. Schon Glasson hat aber darauf hingewiesen³⁰, daß nach dieser These

²⁵ Carré, *Lois de la Procédure*, Bd. 1, S. 449.

²⁶ unten S. 133.

²⁷ unten S. 134.

²⁸ Zitiert bei Garsonnet, Bd. 3, S. 20: *Recueil Sirey*, 1860, I. 779.

²⁹ a.a.O. Bd. 3, S. 20.

³⁰ a.a.O. Bd. 1, S. 717.

die Folgerung unabweislich ist, daß der Beklagte auf die Erhebung der Einrede verzichten kann, wobei dann das Gericht keinerlei Möglichkeit hat, den Doppelprozeß mit der Gefahr der widersprechenden Urteile und den höheren Kosten zu verhindern. Eine genauere Begründung und eine Untersuchung über die Frage des staatlichen oder bloß privaten Interesses an der Einrede der Rechtshängigkeit gibt diese wohl herrschende Lehre nicht.

3. Eine dritte, versöhnliche Ansicht, die allerdings nicht eine einheitliche Betrachtung der Rechtshängigkeitseinrede für sich in Anspruch nehmen kann, will die Einrede den Parteien gewähren, ohne daß das Gericht von Amtes wegen eingreifen kann, doch soll die Einrede jederzeit möglich sein. Die Argumentation der Vertreter dieser Meinung grenzt die Einrede der Rechtshängigkeit scharf von derjenigen der örtlichen Unzuständigkeit ab, welche ja nur auf Parteieinrede hin und nur in *limine litis* geltend gemacht werden kann. Währenddem die unter 2. erwähnte Auffassung die Einreden der Rechtshängigkeit und der örtlichen Unzuständigkeit einander gleichsetzen, wird hier nun doch ein wesentlicher Unterschied festgestellt. Erhebt der Beklagte nämlich an einem örtlich unzuständigen Gericht keine Einrede, so tritt durch stillschweigende Prorogation eine Heilung ein, indem das an sich unzuständige Gericht zuständig wird³¹. Gerade diese Heilung aber ist bei der gleichzeitigen Verhandlung identischer Streitgegenstände durch das Unterlassen der Einrede der Rechtshängigkeit nicht möglich, der Zustand zweier hängiger Prozesse dauert an, ja hier wird erst die Gefahr, die doch die Einrede der Rechtshängigkeit verhüten soll, aktuell³².

Den Streit der Meinungen, der übrigens niemals mit der Gründlichkeit, die etwa in Deutschland die Auseinandersetzung mit dem Problem der Rechtskraft erfuhr, und auch niemals in Zusammenhang mit dem eng verwandten Prinzip der materiellen Rechtskraft ausgetragen wurde, hat nun das Gesetz vom 30. Oktober 1935, das eine Novelle zum C.P.c. darstellt, beendet. Es wird im neuen Art. 192 die Reihenfolge der Einreden der Rechtshängigkeit und der Konnexität eindeutig geordnet, wobei ihnen jedes staatliche Interesse abgesprochen wird, indem sie in *limine litis* eingebracht werden müssen

³¹ *Boitard*, a.a.O. Bd. 1, S. 411.

³² *Boncenne-Bourbeau*, *Théorie de la Procédure civile*, Bd. 3, S. 251.

und als reine Parteieinreden gelten. Eine Berücksichtigung von Amtes wegen ist damit abgelehnt³³.

Es will uns scheinen, daß hier das letzte Wort noch nicht gesprochen sein kann. Von den im ersten Teil dieser Arbeit dargelegten Gesichtspunkten aus muß diese Lösung bedauert werden, sie entspricht nicht einer modernen Auffassung des Prozeßrechtes. Für Frankreich scheint sie indessen typisch zu sein, hat doch die These des Parteibetriebs im französischen Prozeß von jeher zum Grundstock der zivilprozessualen Doktrin gezählt.

Eine letzte Frage zur Einrede der Rechtshängigkeit bedarf noch der Erwähnung. Der Wortlaut des Art. 171 «le renvoi pourra être demandé et ordonné» scheint dem Richter das Ermessen zu geben, je nach Gutdünken die begründete Einrede der Rechtshängigkeit abzuweisen oder aber den renvoi, die Überweisung an das erstbefaßte Gericht anzuordnen³⁴. Nun haben aber Rechtsprechung und Doktrin übereinstimmend erklärt, daß dem Richter nicht die freie Überprüfung der Gefahr eines positiven Kompetenzkonfliktes zukommt, er ist gehalten, bei begründeter Erhebung der Einrede der Rechtshängigkeit durch den Beklagten sich selbst zugunsten des erstbefaßten Gerichts als unzuständig zu erklären^{35, 36}.

IV. Der Gerichtsstand und die Einrede des Sachzusammenhangs

A) Die Bestimmung des Begriffes der Konnexität

Die strenge Identität der Streitgegenstände bei der Einrede der Rechtshängigkeit, die eine Gleichheit von objet und causes verlangt, bedingt, daß der Rechtshängigkeitseinrede nur sehr enger Anwendungsraum gewährt ist, besonders wenn wir sie etwa in Vergleich stellen mit der von Bettermann behaupteten Umschreibung der Rechtshängigkeitseinrede³⁷. Um so eher muß sich das französische

³³ So auch die neueste Gerichtspraxis: Paris, 15. 12. 1947 in D. 1948 J. 80.

³⁴ Statt Überweisung wäre wohl genauer Abweisung des Klägers gegeben, vgl. oben S. 98, Anm. 22.

³⁵ Z. B. ein Gerichtsurteil aus dem Jahre 1900 in D.H. 1901. 2. 123.

³⁶ Hier wird einer der Unterschiede zwischen Rechtshängigkeitseinrede und Einrede der Konnexität gesehen, vgl. unten S. 114.

³⁷ siehe oben S. 75.

Prozeßrecht, da es doch eine Ausschließung von positiven Kompetenzkonflikten anstrebt, dem Begriff der Konnexität zuwenden, um mit ihrer Hilfe auch jene Fälle von Doppelprozessen zu verhindern, die nicht identische Streitgegenstände, dennoch aber die Gefahr widersprechender Urteile aufweisen.

Da das Gesetz keine Legaldefinition der Konnexität enthält, haben Rechtssprechung und Doktrin sich bemüht, eine befriedigende Umschreibung zu geben.

Zwei Meinungen sind dabei hervorgetreten:

1. Konnex sind zwei Streitgegenstände, falls sie entweder gleiches objet oder aber gleiche cause haben. Diese klare Formulierung entspricht dem Bestreben, dem Richter eine verbindliche Norm zur Verfügung zu stellen, an der er jeweils, ohne weitere Schwierigkeiten und ohne die Gefahr des Kompetenzkonfliktes im einzelnen untersuchen zu müssen, den Maßstab für die Anwendung der Einrede der Konnexität findet. Andererseits vermeidet diese Formulierung auch eine allzuweite Ausdehnung des Begriffes Konnexität. Damit ist verhindert, daß zwei Prozesse, deren Streitgegenstände in sehr allgemeiner oder nur in Einzelheiten gegebenen Verwandtschaft stehen, zusammengelegt werden, so daß in diesem einzigen Prozeß eine derartige Unübersichtlichkeit zu befürchten ist, daß nicht nur eine Verlängerung des Verfahrens, sondern auch eine ernstliche Behinderung des Richters an der Findung des richtigen Rechts zu erwarten ist. Es muß eine vernünftige Relation zwischen dem Gebot der Verhinderung von Doppelprozessen und der Gefahr der Unübersichtlichkeit bei zu weit getriebener Zusammenlegung von verwandten Prozessen gefunden werden.

Diese Formulierung wurde denn auch in den Gerichtsstandvertrag zwischen Frankreich und Belgien vom 8. Juli 1899 aufgenommen³⁸, doch wird gerade im internationalen Verhältnis diese französische Definition der Konnexität als Identität entweder der objets oder der causes auf Schwierigkeiten stoßen, solange an einer

³⁸ Art. 4 § 1: Les tribunaux de l'un des Etats contractants renvoient, si l'une des parties le demande, devant les tribunaux de l'autre pays les contestations dont ils sont saisi quand ces contestations sont déjà pendantes ou quand elles sont connexes à d'autre contestations soumises à ces tribunaux. Ne peuvent être considérés comme connexes que les contestations qui procèdent de la même cause ou qui portent sur le même objet.

materiellrechtlichen Bestimmung von objet und cause festgehalten wird³⁹.

2. Die oben beschriebene Formulierung der Konnexität hat Widerspruch erregt vor allem deshalb, weil an einer genauen Bestimmung der Konnexität überhaupt gezweifelt wurde. «Le caractère des éléments constitutifs de la connexité échappe à toute règle positive»⁴⁰. Deshalb wird etwa die sehr unbestimmte Umschreibung gegeben, daß Konnexität dann vorliege, wenn zwei Klagen durch ein «Band» derart in Beziehung stehen, daß es im Interesse einer guten Justiz (d'une bonne justice) scheine, beide Klagen zusammen zu behandeln⁴¹. Als Kriterium dieses «Bandes» wird etwa angeführt, daß Konnexität zwischen zwei Klagen dann gegeben sei, wenn die Erledigung der einen Klage durch Urteil auf die Beurteilung der andern einwirken könne⁴², genauer und enger insbesondere, wenn zwischen den beiden zu erwartenden Urteilen eine Diskrepanz entstehen könne, die die Vollstreckung schwierig gestalten oder unmöglich machen könne⁴³. Gegen diese Meinung muß generell der Einwand gemacht werden, daß sie das Ziel des Zusammenlegens von konnexen Prozessen, die Verhinderung von widersprechenden Urteilen, nicht genügend in Betracht zieht. Nur in der engsten Umschreibung erkennen wir einen Ansatz dazu, indem auf die Schwierigkeiten der Vollstreckung von zwei Urteilen in zusammenhängenden Sachen hingewiesen wird, ohne daß aber betont wird, daß die Rechtssprechung an sich unter jeden Umständen widersprechende Urteile vermeiden muß, um die Rechtssicherheit und die Autorität der staatlichen Rechtsschutzaufgabe zu wahren.

Kennzeichnend für diese Lehre ist, daß es dem Richter überlassen sein soll, zu entscheiden, ob die Interessen der bonne justice es erfordern, zwei Klagen wegen Konnexität zusammenzulegen oder ge-

³⁹ Die materiellen Rechtsordnungen beider Staaten werden ja im einzelnen die verschiedenen Ansprüche nicht gleich umschreiben.

⁴⁰ *Boncenne-Bourbeau*, a.a.O. Bd. 4, S. 357.

⁴¹ *Glasson*, a.a.O. Bd. 1, S. 722 und dortige Zitate; D.H. 1948 J. 80.

⁴² *Garsonnet*, a.a.O. Bd. 2, S. 744.

⁴³ *Glasson*, a.a.O. schlägt die Formulierung vor: L'exception de connexité suppose, à la différence de la litispendance, deux affaires distinctes qui, sans être nécessairement liées entre les mêmes parties, présentent de tels rapports entre elles que, si les deux tribunaux rendaient deux jugements en sens contraire, il n'y aurait pas sans doute opposition de chose jugée, mais il serait difficile ou peut-être même impossible de faire exécuter les deux sentences.

trennt zu behandeln⁴⁴. Unserer Ansicht nach sollte dem Richter eine Normierung der Bedingungen der Konnexität in die Hand gegeben sein, nach der er im Einzelfall das Vorliegen der Konnexität überprüfen kann.

Es wurde denn auch erkannt, daß das richterliche Ermessen nicht völlig frei über die Konnexität urteilen könne. Indessen reformierte man nicht den Begriff der Konnexität selbst, sondern man unterschied neben ihr eine besondere Beziehung, in der zwei Streitgegenstände stehen können, die der Untrennbarkeit nämlich. *Indivisibilité* bedeutet einen derart engen Zusammenhang der mehreren Klagen, daß es nicht nur nützlich, sondern notwendig erscheint, alle Klagen in einem Verfahren zu beurteilen, sollen widersprechende Urteile, die hier in weitem Maße zu befürchten sind, vermieden werden. Wenn etwa zwischen der Klage eines Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises und der Klage des Käufers auf Nichtigkeit des Kaufes noch Konnexität besteht⁴⁵, so wäre zwischen einer Klage auf Scheidung und einer Klage auf Trennung der Ehe *indivisibilité* anzunehmen.

Die Unterscheidung einer Untrennbarkeit hat das öffentliche Interesse an der Verhütung widersprechender Urteile auch im Falle der Konnexität klarer in Erscheinung treten lassen. Ihre Abgrenzung zur Konnexität ist aber nicht sauber durchzuführen, der Unterschied zwischen Konnexität und Untrennbarkeit ist ein rein quantitativer. Deshalb auch wurde gelegentlich die Berechtigung der *indivisibilité* neben der Konnexität und der Identität, wie sie für die Einrede der Rechtshängigkeit gegeben ist, bestritten. *Glasson*⁴⁶ nennt die *indivisibilité* denn auch «*connexité renforcée*». Sie ist demnach im Kern eine enge, allzu enge Bestimmung der Konnexität, die allerdings in ihrer Zielsetzung durchaus unserer Auffassung entspricht. Bisher hat sie aber nicht eine begriffliche Normierung gefunden.

Nach Darstellung der verschiedenen Umschreibungen des Begriffes konnexer Streitgegenstände bleibt noch zu erwähnen, daß nach übereinstimmender Ansicht von Rechtssprechung und Doktrin eine Identität der Parteien nicht Erfordernis der Konnexität ist.

⁴⁴ *Garsonnet*, a.a.O. Bd. 3, S. 33: C'est aux juges à apprécier souverainement les circonstances, l'influence possible d'une instance sur l'autre et le danger de la contrariété de jugements.

⁴⁵ Vgl. etwa D. 1889 I. 24.

⁴⁶ *Glasson*, a.a.O. Bd. 1, S. 757 f.

Kritisch ist zur französischen Auffassung des Sachzusammenhangs folgendes zu bemerken. Die geteilten Ansichten beruhen vorab auf einer Verschiedenheit der der Konnexität gesteckten Zwecke.

1. Die Verhütung widersprechender Urteile ist das Anliegen jener Autoren, die sehr engen Zusammenhang, sei es Identität von objet oder cause, sei es auch die wenig bestimmte indivisibilité, zwischen den Streitgegenständen der beiden Klagen fordern.

a) Der Indivisibilité kann eine genauere Beschreibung gegeben werden, wenn als Kriterium ihres Vorliegens die Deckung der zu erwartenden Urteile hinsichtlich ihrer materiellen Rechtskraft angegeben wird. Dies erklärt, daß die indivisibilité nur ein sehr unvollkommener Behelf ist, einmal weil sie kaum mehr von der Einrede der Rechtshängigkeit unterschieden werden kann, anderseits weil zu Beginn der Prozesse die zu erwartende Rechtskraft der Urteile noch nicht abgeschätzt werden kann, weil also eine Bestimmung der indivisibilité zu Beginn des Prozesses nur auf Vermutungen angewiesen ist, womit in der praktischen Brauchbarkeit sie doch wieder der weiteren Konnexität, der Formel also: wenn es im Interesse einer bonne justice liegt, angenähert wird, was sie doch eben vermeiden will. Dies wäre Glasson entgegenzuhalten, der den Umfang der zu erwartenden Rechtskraft als maßgebendes Kriterium einführen will⁴⁷.

b) Daß Konnexität vorliegt, wenn entweder die objets oder aber die causes der beiden Klagen identisch sind, erweist sich als zu eng. Wenn Glasson als Beispiel der Konnexität den Fall anführt, wo auf Grund eines synalagmatischen Vertrags gleichzeitig die beiden Parteien vor verschiedenen Gerichten auf Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtung klagen, so ist hier, wie Glasson zu Recht sagt⁴⁸, weder die Identität der objets noch aber der causes gegeben. Trotzdem aber nimmt Glasson Konnexität an, weil doch in beiden Prozessen eine Reihe von identischen Rechtsfragen zu beurteilen sind. Ihm wäre aber ein Gerichtsentcheid aus dem Jahre 1872 entgegenzuhalten⁴⁹: es genügt als Beziehung zwischen zwei Klagen der Konnexität nicht, daß die gleichen Rechtsfragen gestellt werden.

Diese Unbestimmtheit, die in der französischen Rechtssprechung zu einer Reihe von Urteilen geführt hat, die immer nur die Konnexität

⁴⁷ Glasson, a.a.O. Bd. 1, S. 723.

⁴⁸ Glasson, a.a.O. Bd. 1, S. 724.

⁴⁹ Recueil Sirey, 1872. 1. 384.

im gegebenen Einzelfall annehmen oder abweisen, beruht unseres Erachtens darauf, daß dem Begriff des Streitgegenstandes nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Es ist zwar die einfache Angabe, daß sich der Streitgegenstand aus objet der Klage und cause zusammensetze, sehr gewinnend, doch ist es um so schwieriger, diese beiden Begriffe abzuklären. Objet meint weder den materiellrechtlichen Anspruch im Sinne eines subjektiven Rechts, noch etwa die Rechtsbehauptung im Sinne von Nikisch⁵⁰, sicherlich auch nicht den publizistischen Rechtsschutzanspruch. Wir müssen uns, angesichts des Fehlens einer genauen Definition wohl am besten mit dem Ausdruck Klagebegehren begnügen⁵¹, womit aber auch schon ein Teil der cause mitbegriffen wird. Letzterer Begriff meint das rechtliche Fundament der Klage, es ist die Begründung der Klage durch Angabe der rechtlichen Normen, auf die sich die Forderung des Klägers an den Beklagten stützt. Wie wir aber bereits angeführt haben, ist das Wesen der Klagebegründung verkannt, wenn man sie nur in der Anführung rechtlicher Momente sieht⁵². Vielmehr sind Momente tatsächlicher Natur durchaus geeignet, ja sogar in erster Linie notwendig, um dem Klagebegehren die Begründung zu geben. Die Begriffe Identität oder Konnexität zweier Streitgegenstände bedingen, daß jedes Klagebegehren – in unserer Terminologie: jede Rechtsbehauptung – von jedem anderen unterschieden werden kann. Dazu ist aber nicht die Anführung der juristischen Qualifikation der von den Parteien behaupteten Rechten maßgebend, sondern es muß die Angabe der faktischen Ereignisse in der Klagebegründung zum Ausgangspunkt gemacht werden. Die französische Auffassung des Streitgegenstandes ist demnach nicht geeignet, die Aufgabe klar zu lösen, die dem Streitgegenstand als Grundlage für die Einrede der Rechtshängigkeit und der Konnexität zukommt. Daraus ergibt sich z. B. auch die französische Ansicht, daß zwischen einer Deliktsklage und einer Vertragsklage aus dem gleichen schädigenden Ereignis, selbst wenn die Ansprüche gleiche Höhe haben, nicht Identität vorliegt, sondern, der Verschiedenheit der juristischen Qualifikation gemäß, nur Konnexität.

⁵⁰ oben S. 15 f.

⁵¹ Das französische Recht steht auf dem Boden der materiellrechtlichen Betrachtungsweise der Streitgegenstandes, doch ist der Ausdruck Anspruch nicht adäquat, weil damit die negativen Feststellungsklagen beispielsweise nicht erfaßt werden können.

⁵² oben S. 18.

Unseres Erachtens liegt Identität vor, somit kann die Einrede der Rechtshängigkeit durchgreifen⁵³.

2. Die meisten französischen Prozessualisten treten für ein freies Richterermessen ein, das die Grenzen der Konnexität festlegen soll. Die prozeßökonomischen Überlegungen stehen dabei im Vordergrund. Da nun das französische Recht noch weitere Möglichkeiten kennt, einem positiven Kompetenzkonflikt zu steuern, mag diese Lösung für das französische Prozeßrecht genügend sein⁵⁴. Für unsere allgemeinere Betrachtung ergibt sich daraus kein Vorbild.

B) Gerichtsstand der Konnexität

Die örtliche Zuständigkeitsordnung des französischen Prozeßrechts ist grundsätzlich der deutschen und den schweizerischen gleich. Neben dem allgemeinen Gerichtsstand (dem römisch-rechtlichen Satze: actor sequitur forum rei gemäß) bestehen eine Reihe von besonderen Gerichtsständen, die in Art. 59 C.P.c. und in Nebengesetzen aufgezählt sind. Unterschiedlich ist, daß das französische Prozeßrecht das Zuständigkeitsproblem in erster Linie von der Zuständigkeitserweiterung, nicht von der Unzuständigkeit aus betrachtet.

Die ordentliche Zuständigkeit des Richters umfaßt die Beurteilung der Klage, aber auch die Entscheidungsbefugnis über alle Verteidigungsmittel des Beklagten (le juge de l'action est le juge de l'exception⁵⁵). Ebenso umfaßt die ordentliche Kompetenz über die Hauptsache auch die Beurteilung aller Nebensachen, eingeschlossen die inzidenten Klagen. Incidents sind nicht neue Sachen, sie gelten als Nebensachen, accessoires⁵⁶. Eine außerordentliche Ausweitung der Kompetenz⁵⁷ kennt das französische Recht in zweierlei Formen:

1. Prorogation volontaire. Durch Parteivereinbarung kann ein an sich unzuständiges Gericht die Zuständigkeit erlangen. Diese Regelung kennen auch unsere Prozeßgesetze, zumeist unter dem Marginalen «Gerichtsstand der Prorogation»⁵⁸. Im französischen Prozeßrecht ist

⁵³ siehe oben S. 80.

⁵⁴ siehe unten S. 114 f. Vgl. dazu auch Roussel, a.a.O. S. 18 ff.

⁵⁵ Exception wird hier im weiteren Sinne für alle Verteidigungsmittel verwendet.

⁵⁶ Dieser Auffassung ist beizustimmen, sie wurde im gemeinen Recht weitgehend verkannt, vgl. darüber unten S. 129 ff.

⁵⁷ d.h. eine Begründung von örtlicher Zuständigkeit in der deutschen Terminologie.

⁵⁸ Auch durch bloße Einlassung des Beklagten kann ein Gericht zuständig werden, vgl. Zürcher ZPO § 17.

die prorogation volontaire de juridiction überall dort zulässig, wo keine règle d'ordre public entgegensteht.

2. Prorogation légale. Von Gesetzes wegen wird die Kompetenz des Richters erweitert, sobald bestimmte Tatsachen, an die das Gesetz anknüpft, vorliegen. Unter diesen Tatsachen findet sich nun die Konnexität mit einer zweiten Klage an erster Stelle. Die Konnexität ist also in weitem Maße der Grund zur gesetzlichen Prorogation, und zwar besonders in folgenden Fällen:

a) Der Beklagte erhebt Widerklage (*demande reconventionnelle*). Im deutschen Recht wird die Widerklage unter den Gerichtsständen aufgezählt, es ist umstritten, ob sie nur bei Konnexität zur Hauptklage gegeben ist⁵⁹.

b) Ein Dritter wird als Kläger oder als Beklagter in den Prozeß gezogen (*intervention*). In unseren Rechten wird die *intervention* bald unter den Gerichtsständen, bald als Institut besonderer Art aufgeführt⁶⁰.

c) Der Kläger führt mehrere konnexe Klagen in den Prozeß ein.

Nur von der Rolle der Konnexität im dritten Falle wollen wir hier sprechen. Dies nämlich ist das Institut, das wir in unserer Arbeit, von den deutschen und kantonalschweizerischen Zivilprozeßordnungen herkommend, als Gerichtsstand des Sachzusammenhangs bezeichnen. Theoretisch kann seine gesetzliche Grundlage in Art. 171 C.P.c. gefunden werden, der neben der Einrede der Rechtshängigkeit auch diejenige der Konnexität erwähnt:

S'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné.»

Wie Morel ausführt, muß ja aus der Gewährung einer Einrede der Konnexität geschlossen werden, daß im Falle einer Überweisung des zweitangehobenen Prozesses an das erstbefaßte Gericht dieses selbst doch zur Behandlung der konnexen Klage zuständig sein muß, daß also eine Ausweitung seiner Kompetenz eintritt⁶¹. Das war in der Rechtssprechung verschiedentlich betont worden⁶².

⁵⁹ Im schweizerischen Recht ist die Widerklage im interkantonalen Verhältnis nur bei Konnexität gestattet, auf Grund von Art. 59 BV. Vgl. darüber Kommentar Burckhardt, S. 558.

⁶⁰ siehe oben S. 34.

⁶¹ Morel, a.a.O. S. 242.

⁶² Recueil Sirey 1933. I. 246, D.H. 1929, 425.

Die Ausweitung der Kompetenz von Gesetzes wegen auf Grund von Konnexität ist dem französischen Recht schon sehr lange bekannt. Schon ein Edikt aus dem Jahre 1551 über «Les Présidiaux» erwähnt sie⁶³. Und die Ordonnance civile unter Louis XIV. aus dem Jahre 1667 zählt bereits die Einrede der Konnexität unter den fins de non procéder auf⁶⁴. Doch galt sie von jeher nur im Verhältnis der ordentlichen Zivilgerichte untereinander, innerhalb der tribunaux de droit commun. Erst in neuerer Zeit hat man sich die Frage gestellt, ob auch eine Ausweitung der Kompetenz möglich sei im Verhältnis eines ordentlichen Zivilgerichts und eines Gerichts der juridiction exceptionnelle⁶⁵. Die Frage wird dahingehend beantwortet, daß wohl ein ordentliches Gericht durch prorogation légale auch für konnexe Klagen, die an sich unter die juridiction exceptionnelle fallen, zuständig wird, daß aber umgekehrt ein Sondergericht nicht kompetent werden kann – bei Vorliegen konnexer Klagen – für jene Klagen, die an einem ordentlichen Gericht beurteilt werden müssen⁶⁶. Dies drückt etwa die Formulierung aus: «Le tribunal de première instance saisi le second ne se dessaisira pas en faveur d'un tribunal d'exception⁶⁷.» Glasson begründet diesen Satz in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung⁶⁸ von der Feststellung aus, daß ein Zusammenlegen von Prozessen wegen Konnexität immer nur dann möglich ist, wenn nicht das Gericht, das die konnexen Klagen beurteilen soll, unzuständig im absoluten Sinne ist⁶⁹. Da nun aber die Kompetenz der ordentlichen Zivilgerichte im Prinzip allumfassend ist, und da die Zuweisung von gewissen Rechtsgebieten unter die juridiction exceptionnelle nicht im ordre public liegt, so muß die umfassende Kompetenz der Zivilgerichte die bloß beschränkte Kompetenz der Sondergerichte auch in jenen Fällen derogieren können, in denen die Sondergerichte zuerst befaßt waren.

⁶³ Morel, a.a.O. S. 241.

⁶⁴ Boncenne-Bourbeau, a.a.O. Bd. 4, S. 347.

⁶⁵ Glasson, a.a.O. Bd. 1, S. 732, insb. 756.

⁶⁶ Sondergerichte in diesem Sinne sind der juge de paix, das Handelsgericht (tribunal de commerce) und der conseil des prud'hommes.

⁶⁷ Garsonnet, a.a.O. Bd. 3, S. 35.

⁶⁸ Glasson, a.a.O. Bd. 1, S. 731 f. D.H. 1931. 269.

⁶⁹ Incompétence absolue meint jene Unzuständigkeit, die wegen ordre public von Amtes wegen beachtlich ist.

Umgekehrt kann eine Ausweitung der Kompetenz der Sondergerichte im Verhältnis zu einem andern Sondergericht nicht gleich umfassend zugelassen werden. Gesetzliche Prorogation tritt nur ein, wenn die beiden zu behandelnden konnexen Klagen bei einem Sondergericht angebracht werden, daß für eine der beiden kompetent, für die andere bloß relativ inkompetent ist. Eine absolute Inkompetenz steht der Behandlung durch das Sondergericht immer entgegen, ja im Falle zweier konnexer Klagen, deren eine absolute Inkompetenz beim Sondergericht bewirkt, muß sich das Sondergericht auch zur Behandlung der anderen Klage, für die es an sich durchaus zuständig wäre, inkompetent erklären und die beiden Klagen vor ein ordentliches Gericht weisen⁷⁰. Da diese Regeln über die gesetzliche Prorogation ja auch für die Widerklage gelten, gibt damit das französische Recht eine klare Lösung eines Problems, das in unseren Prozeßrechten angesichts seiner praktischen Bedeutsamkeit eine eingehendere Würdigung verdienen würde⁷¹.

Keine Prorogation légale gibt es im Verhältnis der Zivilgerichte zu den Verwaltungsgerichten, oder im Verhältnis zu jenen Fällen, in denen ein «cas d'attribution exclusive de juridiction à un tribunal déterminé» gegeben ist⁷². Diese Verfahren haben ganz besonderen Zwecken zu dienen, die eine Aufgabe der ordentlichen Zivilgerichte gar nicht sein können. Für sie ist die umfassende Kompetenz der Zivilgerichte ausgenommen⁷³.

⁷⁰ Morel, a.a.O. S. 244 zitiert zwei Gerichtsentscheide, die im Falle der indivisibilité die Zusammenlegung auch vor dem Sondergericht zuließen. Z. B.: die Klage eines Kaufmannes aus einem Vertrag mit einem Nichtkaufmann, die er am ordentlichen Wohnsitz des Nichtkaufmannes anbringt, kollidiert mit der Klage aus dem gleichen Vertrag des Nichtkaufmannes am Handelsgericht (dies ist im französischen Prozeßrecht möglich, da das Handelsgericht auch Klagen beurteilt, die nicht zwischen zwei Kaufleuten hängig sind, sofern nur die Klage aus einem Handelsgeschäft hervorging. Art. 831 f des Code de Commerce). Hier soll das Handelsgericht für beide Klagen zuständig sein. Doch Glasson, a.a.O. Bd. 1, S. 759 f. entgegnet sehr zu treffend, daß auch das ordentliche Gericht beide Klagen beurteilen könnte.

⁷¹ In der Tat wurden Fragen wie diese zwischen ordentlichen Gerichten und Sondergerichten bisher beinahe nicht erörtert. Wir müssen uns in dieser Arbeit auf die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit beschränken.

⁷² D.H. 1931 269 erwähnt einen derartigen Fall.

⁷³ Glasson, a.a.O. Bd. 1, S. 733 nennt etwa jene Gerichte, die besonders für Konkursachen, für Grundstückverwertung oder für Berichtigungsklagen des Personenstandes geschaffen wurden.

Mit der Bemerkung, daß das Französische Prozeßrecht den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs kennt, ihn erörtert und ihn weitgehend in der Praxis verwirklicht hat, ihn allerdings gleich wie den Gerichtsstand der Widerklage unter dem Gesichtswinkel einer Kompetenzerweiterung behandelt, können wir nun zur Behandlung der prozessualen Durchsetzung dieses Gerichtsstandes übergehen.

C) Einrede der Konnexität

Der Art. 171 des C.P.c. ist hierzu die Grundlage⁷⁴. Dem Wortlaut gemäß ist keinerlei Unterschied zur Einrede der Rechtshängigkeit festzustellen. Indessen haben sich in Gerichtspraxis und in der Lehre einige abweichende Prinzipien entwickelt, die uns noch genaueren Aufschluß in das Wesen und die Bedeutung der Konnexität im französischen Prozeß gewähren. Im übrigen sei aber auf die Beschreibung der Einrede der Rechtshängigkeit, S. 97 verwiesen.

Die Einrede der Konnexität ist dann gegeben, wenn zugleich vor verschiedenen Gerichten Prozesse anhängig sind, die miteinander in Sachzusammenhang stehen. Da die beiden Gerichte an sich nicht schon für beide Prozesse zusammen zuständig sein müssen, wie sich das bei der Rechtshängigkeit auf Grund der Identität der Klagen von selbst versteht, muß dasjenige Gericht, das die Behandlung beider Prozesse in einem Verfahren übernehmen soll, eine Erweiterung seiner Zuständigkeit erfahren. Diese kommt ihm nun auf Grund der gesetzlichen Prorogation zu⁷⁵.

Der für die Einrede der Rechtshängigkeit geltenden Regel, daß die Einrede beim zweitbefaßten Gericht anzubringen ist, das sich dann zu Gunsten des ersten Gerichts als unzuständig zu erklären hat und die zweite Klage an das erste Gericht überweisen muß, wurde für die Einrede der Konnexität Opposition entgegeng gehalten. Schon bei der Erwähnung der gesetzlichen Prorogation im Verhältnis zwischen einem ordentlichen und einem Sondergericht haben wir festgestellt, daß sich das ordentliche Gericht auch dann nicht bei Vorliegen zweier konnexer Prozesse als unzuständig zu Gunsten des Sondergerichts erklärt, wenn das ordentliche Gericht erst nach dem Son-

⁷⁴ Wortlaut siehe oben S. 109.

⁷⁵ Die Kompetenzerweiterung für konnexe Prozesse ist die logische Voraussetzung zu einem ausschließlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs.

⁷⁶ *Morel*, a.a.O. S. 255, *Garsonnet*, a.a.O. Bd. 3, S. 35, *Boitard*, a.a.O. Bd. 1. S. 410.

dergericht angegangen wurde⁷⁶. Diesen Satz verallgemeinernd fordert Glasson⁷⁷, daß auch im Verhältnis zwischen zwei ordentlichen Gerichten nicht die einfache Regel gelten soll: das zweite Gericht überweist den Prozeß an das erste Gericht. Vielmehr soll die Einrede dort angebracht werden können, wo der unwichtigere Prozeß anhängig ist. Die Überweisung soll an dasjenige Gericht erfolgen, das eine schnellere, sicherere und einfachere Beurteilung verspricht. Wenn also zum Beispiel das zweitbefaßte Gericht schon weiter fortgeschritten ist mit dem Verfahren, so soll es nicht auf die Einrede der Konnexität hin den ganzen Prozeß einstellen und an das erste Gericht überweisen müssen. Die Einrede soll dann vielmehr beim ersten Gericht erhoben werden können, und dieses hat sich als unzuständig zu Gunsten des zweiten Gerichts zu erklären⁷⁸. Diese Auffassung kann aber praktisch zu Schwierigkeiten führen. Denn es ist zu bedenken, daß nicht leicht Klarheit darüber herrscht, welcher Prozeß nun wirklich besser geeignet sei, den anderen an sich zu ziehen, um ein schnelles und einfaches Verfahren zu gewährleisten. Ferner mag es vorkommen, daß der Richter des erstbefaßten Gerichts sich auf die Einrede hin nicht als unzuständig erklärt zu Gunsten des zweiten Prozeßgerichts, letzteres aber den Prozeß auch nicht an das erste Gericht weist, wenn es der Ansicht ist, die beiden Prozesse besser und billiger entscheiden zu können. Das französische Prozeßrecht gibt hier den Parteien die Möglichkeit, ein übergeordnetes Gericht anzurufen, das dann den zuständigen Richter festzusetzen hat⁷⁹.

Dieser Vorstoß von Glasson scheint uns höchst bedeutungsvoll. Wir haben oben S. 67 Anm. 20 bemerkt, daß die Prozeßgesetze aller kontinentalen Länder am Grundsatz der Priorität bei der Rechtshängigkeit festhalten, wir haben aber auch schon darauf hingewiesen, daß bei Vorliegen der Teilidentität zwischen zwei Streitgegenständen, und hier greift ja die Rechtshängigkeitseinrede durch, die Priorität sich nicht empfiehlt. In vermehrtem Maße gilt dies aber nun für die Einrede der Konnexität.

Um den Zeitpunkt des Anbringens der Einrede der Konnexität haben sich die gleichen Auseinandersetzungen ergeben wie bei der Einrede der Rechtshängigkeit. Wir verweisen auf die dort gemachten

⁷⁷ a.a.O. Bd. I. S. 729.

⁷⁸ *Morel*, a.a.O. S. 255, Anm. 2 und dort zitierte Entscheide.

⁷⁹ Das erfolgt in einem besonderen Verfahren, dem sogenannten «règlement des juges».

Ausführungen⁸⁰. Nur wurde im allgemeinen betont, daß für die Einrede der Konnexität die staatlichen Interessen noch weniger maßgebend sein können, daß also die Einrede der Konnexität nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden könne und daß sie in limine litis einzubringen sei. Das Gesetz vom 30. Oktober 1935 hat diese Ansicht bestätigt und dem Streit der Meinungen vorläufig ein Ende gesetzt.

Eine Verschiedenheit zur Einrede der Rechtshängigkeit zeigt sich darin, daß das richterliche Ermessen bei der Einrede der Konnexität dermaßen weit gesteckt ist, daß der Richter nicht nur über das Vorliegen der Konnexität, sondern auch, getreu dem Wortlaut des Art. 171 C.P.c. . . «le renvoi pourra être demandé et ordonné», bei Vorliegen der Konnexität frei entscheidet, ob ein Zusammenschluß der Prozesse stattfinden soll oder nicht. Ein Gerichtsurteil drückt dies so aus: «Le renvoi pour connexité n'est jamais obligatoire pour un tribunal»⁸¹. Dies ist auch durchaus die herrschende Auffassung⁸².

Es sei noch angefügt, daß im Gegensatz zur Einrede der Rechtshängigkeit beim Durchgreifen der Konnexitätseinrede das Gericht, welches sich unzuständig erklärt, den konnexen Prozeß an das andere Gericht überweist⁸³. Diese Überweisung durch das Gericht erfolgt von Amtes wegen, wie schon der Wortlaut von Art. 171 (ordonné) und auch die Bezeichnung der Einrede als renvoi⁸⁴, antönen. Eine derartige Überweisung von Amtes wegen ist in drei kantonalen Prozeßordnungen der Schweiz ausdrücklich erwähnt, allerdings für den Fall, daß das Gericht wegen örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit den Prozeß von der Hand weist⁸⁵.

V. Règlement des juges

Die große Aufmerksamkeit, die der französische Code de Procédure civile den Beziehungen mehrerer Prozesse schenkt, zeigt sich noch in einem weiteren Institut, das zur Verhütung von Doppelprozessen und widersprechenden Urteilen dient. Das französische Recht kennt bei Vorliegen von positiven Kompetenzkonflikten zwischen zwei Ge-

⁸⁰ oben S. 98 ff.

⁸¹ D. 1948 J. 80.

⁸² Morel, a.a.O. S. 255, *Boncenne-Bourbeau*, a.a.O. Bd. 3, S. 219.

⁸³ Vgl. oben S. 98, Anm. 22.

⁸⁴ «... le renvoi pourra être ... ordonné.»

⁸⁵ Vgl. oben S. 90, Anm. 25.

richten gleichen Rangs die Möglichkeit, bei einem übergeordneten Gericht ein *règlement des juges*, eine Bestimmung des zuständigen Richters zu verlangen. Legitimiert zum Gesuch um ein *règlement des juges* sind nach Art. 363 C.P.c. beide Parteien. Es kann hier nicht die Aufgabe sein, das Wesen und die Ausgestaltung dieses Instituts zu erörtern, wir weisen hier bloß auf seine Funktion hin, die sich mit derjenigen der Einrede der wechthängigkeit und der Konnexität verwandt zeigt⁸⁶. Allerdings greift die Bestimmung des zuständigen Richters durch das übergeordnete Gericht erst in jenem Zeitpunkt ein, in dem ein positiver Kompetenzkonflikt bereits in sein aktuelles Stadium übergeht, wenn also zwei Gerichte sich zugleich zuständig erklärt haben und das Verfahren bereits im Gange ist. Die Einreden der Rechtshängigkeit und der Konnexität aber versuchen gerade dies zu verhindern, indem sie bei der Einleitung des Verfahrens auf den schon anderswo hängigen, gleichen oder konnexen Prozeß hinweisen und verlangen, daß das andere Gericht sich als unzuständig erkläre. Da nun aber die Einreden der Rechtshängigkeit und der Konnexität nur in *limine litis* eingebracht werden können, da zudem bei der Einrede der Konnexität, auch wenn sie begründet ist, der Richter frei ist, den Prozeß zu überweisen oder aber sich als zuständig zu erklären, ist für ein *règlement des juges* sehr wohl ein berechtigtes Bedürfnis gegeben. Die Bestimmung des zuständigen Richters durch ein übergeordnetes Gericht erscheint demnach als Sicherungsinstitut der durch die Einreden der Rechtshängigkeit und der Konnexität angestrebten Verhinderung von Doppelprozessen⁸⁷. Diese Sicherung hinter den Einreden der Rechtshängigkeit und der Konnexität mag der Anlaß dafür sein, daß die französische Lehre diesen beiden Einreden bloße Parteiinteressen zuschreibt; werden sie wegen Verspätung oder aus Unachtsamkeit nicht erhoben, so steht immer noch die Möglichkeit offen, den zuständigen Richter durch ein übergeordnetes Gericht zu verlangen. Das *règlement des juges* kann bis zu jenem Zeitpunkt verlangt werden, in dem das Gericht noch nicht zur Beurteilung des Streitgegenstandes geschritten ist, bis zum Erlaß des Endurteils also.

⁸⁶ Wenn auch der Wortlaut des Art. 363 C.P.c. nur von identischen Streitgegenständen spricht: «*le même différend*», so darf darunter doch auch Konnexität analog subsumiert werden. Vgl. *Boncenne-Bourbeau*, a.a.O. Bd. 5, S. 355 f.

⁸⁷ Näheres bei *Morel*, a.a.O. S. 256 f., dem wir hier im wesentlichen folgen.

VI. Zusammenfassung und Folgerungen

Das französische Prozeßrecht verhindert widersprechende Urteile – abgesehen von dem hier nicht zu erörternden Prinzip der Rechtskraft (*autorité de la chose jugée*, wie das französische Recht einnehmender sie nennt) – in folgender Weise: Eine Klage wird, nachdem sie bereits vor einem anderen Gericht hängig ist, vor einem Gericht gleicher Instanz eingebracht. Ist nur eines der Gerichte zuständig und hat sich das zweite Gericht noch nicht über seine Zuständigkeit ausgesprochen, so genügt es, die Einrede der Inkompetenz zu erheben. Wird die Einrede abgewiesen oder hat sich das Gericht – zu Unrecht – als kompetent erklärt, so liegt ein positiver Gesetzeskonflikt vor, der auf Betreiben einer Partei hin durch ein *règlement des juges* von einem übergeordneten Gericht entschieden wird, indem dieses eines der Gerichte für ausschließlich zuständig erklärt.

Sind beide Gerichte an sich zuständig, so ist beim zweiten Gericht die Einrede der Rechtshängigkeit zu erheben. Wird sie vom Gericht zurückgewiesen, oder wird sie verspätet oder gar nicht erhoben, so kann ein *règlement des juges* verlangt werden.

Wenn nun ein Kläger vor einem Gericht eine Klage einbringt, die mit einer vor einem anderen Gericht bereits hängigen Klage konnex ist, so ist, wenn beide Gerichte zur Beurteilung der bei ihnen angebrachten Klage zuständig sind und eine Einrede der Unzuständigkeit nicht erhoben werden kann oder im Falle, daß das eine Gericht sich zu Unrecht zuständig erklärt hat oder die vorgebrachte Einrede der Unzuständigkeit unrichtigerweise abgewiesen hat, die Einrede der Konnexität zu erheben⁸⁸. Wird sie vom Richter zurückgewiesen, so bestimmt ein übergeordnetes Gericht auf Betreiben einer Partei hin durch *règlement des juges* den allein zuständigen Richter.

Kritisch sei dazu bemerkt, daß unseres Erachtens die vorbeugende Wirkung der Einreden der Rechtshängigkeit und der Konnexität dadurch verstärkt werden sollte, daß diesen beiden Einreden eine stärkere Durchschlagskraft gegeben wird, indem sie einmal von Amtes wegen berücksichtigt werden sollen (wenigstens was die Einrede der Rechtshängigkeit anbetrifft) und indem sie während des

⁸⁸ Dies gilt auch für die Einrede der Rechtshängigkeit; wenn von zwei Gerichten eines an sich unzuständig ist, die erhobene Einrede der Unzuständigkeit aber zurückweist oder sich unrichtigerweise zuständig erklärt, kann die Einrede der Rechtshängigkeit erhoben werden statt eines Begehrens des *règlement des juges*.

ganzen Verfahrens, bis zum Schlusse der Parteiverhandlungen, durch die Parteien eingebracht werden können. Das règlement des juges, dem ja auch gleicherweise die Verhütung negativer Kompetenzkonflikte zukommt, soll nur die letzte Sicherung sein⁸⁹.

2. Kapitel

Der gemeine Prozeß

I. Einleitung

Einige Bemerkungen zu den Quellen des gemeinen Prozeßrechts seien vorausgeschickt. An erster Stelle steht der gewaltige Einfluß, den das römische Prozeßverfahren ausgeübt hat; es war den Rechtsgelehrten des gemeinen Recht das römische Recht ganz allgemein als eigentlicher Born juristischen Wissens erschienen. Aus ihm schöpfte und begründete man fast das ganze System des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, allerdings sehr oft auf Grund von Auslegungen, die das ursprüngliche römische Verfahren entstellten, allerdings auch oft nur, indem man römisch-rechtliche Terminologie auf neue, überlieferte germanische oder falsch ausgelegte römische Prozeßinstitute übertrug. Daß sehr oft die römischen Institute nur dem Namen, nicht aber der Bedeutung und der Ausgestaltung nach übernommen wurden, hat zu einer recht unliebsamen Verwirrung geführt, von denen der hier zu behandelnde Problemkreis Zeugnis gibt.

An zweiter Stelle ist unter den Quellen der kanonisch-italienische Prozeß zu nennen¹, gerade durch ihn kam ja die Kenntnis des römischen Verfahrens nach Deutschland. Doch ist auch der kanonisch-italienische Prozeß selbst eine aus germanischen Vorstellungen und

⁸⁹ Aus sprachlichen Gründen und weil der französische Prozeß nachhaltigere Einflüsse auf die schweizerischen Prozeßgesetze zeigte als der italienische, wurde in dieser Arbeit darauf verzichtet, letzteren darzustellen. Es sei hier aber vermerkt, daß im italienischen Prozeßrecht das Problem der konnexen Prozesse eine tiefe, und besonders während der letzten Kodifikation sehr eingehende Würdigung erfahren hat. Das italienische Prozeßrecht kennt den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs und hat die mit ihm zusammenhängenden Probleme in dem französischen Code de Procédure ähnlicher, doch eingehenderer Weise kodifiziert. Es sei auf die Darstellung bei M. T. Zanzucchi, *Diritto Processuale Civile*, 4 Bde., 4. Auflage, Milano 1947–1948, Band 1, Seite 234 ff., verwiesen.

¹ *Mittermaier*, *Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß* S. 11.

römischen Grundsätzen gemischtes Rechtsgebilde². Als Beispiel sei etwa an die prozeßhindernden Einreden erinnert, die im gemeinen Prozeßrecht vom kanonischen Prozeß rezipiert wurden, und deren römisch-rechtliche Abstammung man immer wieder nachzuweisen suchte, obwohl sie bereits im kanonischen Prozeß durchaus von eigenen, germanischen Vorstellungen durchsetzt waren und mit dem römischen Verfahren wohl den Namen, nicht aber die Ausgestaltung gemeinsam hatten.

Als dritte Rechtsquelle des gemeinen Prozesses sind endlich die Reichsgesetze zu erwähnen, die eine Reihe von eigenen Verfahrensvorschriften schufen, welche dann übernommen wurden. Mittermaier bemerkt zu dieser ebenfalls nicht sehr glücklichen Rezeption von speziell für das Verfahren vor Reichsgericht geschaffenen Instituten, die einem Verfahren, das meist in Abwesenheit der Parteien und über weite Distanz hin geführt wurde, dienen mochten, folgendes: «Zum großen Nachteil für die Ausbildung des deutschen Prozesses vergaß man noch häufig, bei der unbedingten Anwendung der reichsgesetzlichen Bestimmungen, daß diese zunächst für die Reichsgerichte paßten»³.

Diese Mehrheit der Rechtsquellen, die zugleich verbindlich sein sollten und unmittelbar auch angewandt wurden, bieten der Darstellung der Entwicklung und Ausbildung des gemeinen Rechts fast unüberwindliche systematische Schwierigkeiten, es kann sich demnach bei unserer Arbeit nur um eine summarische Behandlung, die manches unerörtert lassen muß, handeln.

II. Die geschichtliche Entwicklung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs

Der gemeine Prozeß schenkte der Lehre von den Gerichtsständen und den Einreden große Beachtung, es wurde ihr auch eine weite Literatur gewidmet. Dabei war der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs eines der umstrittenen Probleme, besonders deshalb, weil die historische Bestimmung nicht eindeutig festgelegt war, weil es sich als fragwürdig erwies, ob und in welchem Umfang die Römer diesen Gerichtsstand bereits kannten. Die Antwort auf diese Frage entschied mehr oder weniger sowohl über die Legitimität als auch über die Legalität dieses Institutes; so finden wir in fast allen Äußerungen jener Zeit zum Gerichtsstand des Sachzusammenhangs nicht die

² Mittermaier, a.a.O. S. 13.

³ Mittermaier, a.a.O. S. 15.

Frage der Zweckmäßigkeit oder der systematischen Einordnung dieses Gerichtsstandes erörtert, sondern vielmehr die Frage, wie er aus den römischen Quellen abzuleiten oder zu widerlegen sei. Planck äußert sich kritisch dazu:⁴ «Zunächst bemüht man sich durchaus nicht, gewisse Höhepunkte der Übersicht zu gewinnen, gewisse Grundgedanken festzustellen, an die sich der täglich vermehrte Stoff anzuschließen vermöchte. Man gefällt sich vielmehr in der Aufsuchung von Widersprüchen mehrerer Stellen, die dann in möglichst vielfacher Art gelöst werden.» «Alles, was die Vorgänger zusammengestellt haben, wird dabei getreulich referiert, und so eine Masse zusammen gebracht, die häufig voll von Widersprüchen in sich, jedenfalls von der Möglichkeit einer praktischen Tauglichkeit immer weit entfernt, höchstens als ein geistreiches Spiel mit leeren Phrasen bewundert werden kann.» Es sei uns gestattet, nicht im einzelnen diesem «geistreichen Spiel» nachzugehen, sondern anhand der umfassenden Rückschau, die Planck in seinem Werk «Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten» gibt, kurz die Entwicklung aufzuzeigen.

Planck erkennt vor allem, daß die Lösungen des römischen Rechts von ganz anderen Voraussetzungen ausgingen, daß deshalb die römisch-rechtlichen Prozeßgebilde nicht Gültigkeit für die gemeine Prozeßordnung haben können⁵.

Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs hat sich im gemeinen Recht im Zusammenhang mit der Einrede der Rechtshängigkeit entwickelt. Wir müssen deshalb kurz auf die Zusammenhänge eingehen.

Ausgangspunkt war die Regel: «*de eadem re ne bis agitur*»⁶. Aus diesem Verbot der nochmaligen Beurteilung folgt, daß ein definitiver Entscheid eines Gerichts, die *res iudicata*, für alle Zeiten Recht schafft. Wann nun eine definitive Entscheidung vorliege, darüber waren die Meinungen geteilt, insbesondere war lange Zeit die Abgrenzung zur bloßen Abweisung von der Instanz umstritten⁷. Für zwei materiell identische Prozesse, die gleichzeitig anhängig gemacht werden, gilt die Regel – und hier zeigt sich schon eine kleine Abweichung vom Satze *de eadem re ne bis agitur* der Römer – daß jede einmal zur gerichtlichen Verhandlung gebrachte Streitsache nur dann Gegenstand eines neuen Prozesses sein kann, wenn die frühere

⁴ Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 260.

⁵ a.a.O. S. 264.

⁶ auch zitiert: *Bis de eadem re ne sit actio*.

⁷ Vgl. dazu Planck, a.a.O. S. 266 f.

Instanz zu Ende gebracht ist⁸. Gleichzeitige Verhandlung der identischen Prozesse ist also nicht möglich, doch kann in gewissen Fällen, wenn zum Beispiel die erste Instanz nicht durch eine definitive Entscheidung, sondern durch Klagerückzug, durch Abweisung zur Zeit auch, zu Ende gebracht wurde, die Streitsache neuerdings vor Gericht gebracht werden. Das Verbot, gleichzeitig mehrere Prozesse zu führen, die identische Streitgegenstände betreffen, wird durch die Einrede der Litispendenz durchgesetzt; sie kann von dem Kläger oder vom Beklagten geltend gemacht werden, denn eine Vertauschung der Parteirollen hindert die Einrede der Rechtshängigkeit nicht⁹. Nach Ansicht des gemeinen Rechts entspringen dem Verbot gleichzeitiger identischer Prozesse nur Rechte der Parteien, nicht des Richters. Gleich wie die Einrede der Rechtskraft ist die Einrede der Rechtshängigkeit regelmäßig mit der Klagebeantwortung zu erheben, wird sie unterlassen, so wird eine stillschweigende Übereinkunft vermutet, es ist dann der zweite Prozeß vollkommen gültig¹⁰.

Als Kriterium der Identität zweier gleichzeitig hängiger Prozesse wurde, neben der Identität der Parteien, doch mit der Möglichkeit der Vertauschung der Parteirollen, auf den Umfang der zu erwartenden Rechtskraft des künftigen Urteils abgestellt¹¹. Dies drückt die Formulierung aus: «Ubi obstaret exceptio rei iudicatae, tunc semper potest opponi de pendentia processus.»

Wenn gleichzeitig nicht mehrere Prozesse über die gleiche Sache geführt werden sollen, so folgt daraus ohne weiteres, daß auch die Führung eines Prozesses über einen Teil der Streitsache solange untersagt sein soll, als die Streitsache nicht von der Instanz beurteilt ist. Hier ist nun der Ansatzpunkt für den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs im gemeinen Recht gegeben.

Vom Satze aus, daß das Ganze und der Teil eines Streitgegenstandes am gleichen Gericht verhandelt werden müssen, hat man die Frage gestellt, wie dieser Teil des Ganzen zu bestimmen sei. Es sind hier verschiedene Antworten gegeben worden, die alle bejahen, daß die Nebensachen – dieser Ausdruck wird für die Teile des Ganzen gebraucht – am Gerichtsstand der Hauptsache zu beurteilen seien.

⁸ Hat sie aber einen definitiven Entscheid getroffen, so steht die Rechtskraft jeder neuen Verhandlung entgegen.

⁹ *Planck*, a.a.O. S. 288, Anm. 15.

¹⁰ *Planck*, a.a.O. S. 289.

¹¹ Dieser Ansicht des gemeinen Rechts kann nicht beigelegt werden s. o. S. 73 f.

Planck¹² stellt als Nebensachen jene Teile eines Rechtsstreites hin, die an sich auch Streitgegenstand eines besonderen Prozesses sein könnten, in jenem Momente aber, wo ein Hauptprozeß über den ganzen Streitgegenstand hängig ist, nur mehr als Teil dieses Verfahrens anzusehen sind. Der Schluß, daß dann der Richter der Hauptsache auch ausschließlich kompetent sein soll, um die Nebensache zu beurteilen, liegt nahe. Der Richter muß selbst dort kompetent, ausschließlich zuständig sein, wo er an sich gar nicht die Kompetenz zur Beurteilung der Nebensache hätte. Es erstreckt das Verfahren über die Hauptsache die Kompetenz des Richters über alle Nebensachen. Planck weist nach, daß dieser Satz aus dem Prinzip der Rechtshängigkeit fließen müsse.¹³

Diese scharfe Bestimmung der Beziehungen der Hauptsache zur Nebensache wurde von den Lehrern des gemeinen Rechts indessen nicht erkannt. Aus dem Satz «*continentia causae non debet dividi*», der nur heißen kann, daß die Haupt- und Nebensache nicht zugleich getrennt verhandelt werden dürfen¹⁴, und der aus dem Prinzip der Rechtshängigkeit sich ableitet, hatten sich schon im italienischen und im kanonischen Prozeß eine Reihe von Regeln entwickelt, die sich von der ursprünglichen Bedeutung entfernten. Man erkannte zwar durchaus, daß dadurch kein neuer Gerichtsstand begründet wurde, – dies blieb dem gemeinen Recht zu behaupten, – daß es sich vielmehr um die Regelung des Verhältnisses verschiedener konkurrierender Gerichtsstände handelt, indem der Beklagte verlangen kann, daß Haupt- und Nebensachen an ein und demselben Gericht verhandelt werden, so daß also von den zwei an sich kompetenten Richtern – der eine kompetent zur Beurteilung der Haupt-, der andere zur Beurteilung der Nebensache – derjenige, der mit der Hauptsache befaßt ist, die ausschließliche Kompetenz auf Kosten der Zuständigkeit des anderen Richters erhält. So einleuchtend diese Regel uns heute vom Rechtshängigkeitsprinzip aus erscheint, das identische oder auch teildentische (dies ist nicht gleich konnex¹⁵) Sachen nicht gleichzeitig vor mehreren Gerichten zur Verhandlung zuläßt, so

¹² a.a.O. S. 318.

¹³ a.a.O. S. 313, 319.

¹⁴ Später wird darunter hauptsächlich der Fall begriffen, daß mehrere Beklagte – aus einem einzigen Rechtsgrund dem Kläger gemeinsam verpflichtet, – gemeinsam eingeklagt werden können.

¹⁵ Teildentisch im Sinne eines Verhältnisses eines Teils zu seinem Ganzen. Konnexität aber ist das Verhältnis eines Teils zum Teil eines anderen Ganzen. Vgl. oben S. 26.

eigenartig mutet uns die im späteren italienischen Prozeß wie selbstverständlich gezogene Ausdehnung dieser Regel auch auf konnexe Sachen an. Nicht nur die gleichen oder teilweise gleichen Streitgegenstände, sondern auch die bloß konnexen Sachen sollen gemeinsam am Gerichte der Hauptsache verhandelt werden. Das drückt der Satz aus: «*jurisdictio super principali exercetur etiam in connexis*». Materiell ist damit ein Gerichtsstand der Konnexität, des Sachzusammenhangs geschaffen¹⁶. Merkwürdig aber ist, daß aus dem Prinzip der Rechtshängigkeit dieser Gerichtsstand hergeleitet wurde. Merkwürdig ist auch, daß nicht irgendeine Begründung eigener Natur, etwa die Verhinderung widersprechender Urteile oder die Prozeßökonomie für das Bestehen dieses Gerichtsstandes geltend gemacht wird. Die Ausgestaltung dieser fast zufällig anmutenden Regel war dabei sehr unklar. Die Hauptsache zieht nicht nur die Nebensachen, sondern auch die konnexen Sachen an sich, dies kann doch nur dann einen Sinn haben, wenn die konnexen Sachen zur Hauptsache in einem Verhältnis der Unterordnung stehen. Wenn alle Sachen, die konnex sind, von gleicher Bedeutung sind, so ist ja das Gericht der Hauptsache nicht bestimmbar. Demnach kann diese Regel nicht einen allgemeinen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs darstellen. Nur in jenen Fällen, in denen die konnexen Sachen unter sich derart in Beziehung stehen, daß eine von ihnen als Hauptsache bezeichnet werden kann, greift die Regel durch, daß die untergeordneten Sachen am Gericht der Hauptsache zu verhandeln seien. Untergeordnete Sachen sind nun aber doch nur ein anderer Name für Nebensachen. Allerdings nicht mehr in jenem engen Sinne, daß die Nebensachen einen Teil der Hauptsache darstellen und mit diesem Teil vollkommen identisch sind, sondern in einem weiteren Begriff als Nebensachen, die mit der Hauptsache im Verhältnis der Konnexität stehen. Um die Abgrenzung des Begriffes der Konnexität hat sich die Lehre einstweilen nicht bemüht. Das Resultat dieser Überlegungen ist also, daß der Satz: «*jurisdictio super principali exercetur etiam in connexis*» nichts anderes bedeutet, als daß eine Ausweitung des Begriffes der Nebensache stattgefunden hat. Es ist leicht einzusehen, daß damit häufig dem Richter, der sowohl Haupt- als auch die konnexen Nebensachen in einem Verfahren zu beurteilen hatte, eine weitergehende Zuständigkeit erteilt wurde. Die Zuweisung einer örtlichen Zustän-

¹⁶ Planck, a.a.O. S. 326 ff.

digkeit erfolgt aber durch das Aufstellen eines Gerichtsstandes. Diese Folgerung wurde denn auch gezogen, nachdem die *continentia causae* und die *connexitas causarum* nebeneinander, gleichberechtigt und gleichbegründet, gestellt worden waren. Von den ursprünglichen Vorstellungen aus gesehen, war dieser Schritt irrtümlich. Die *continentia causae*, das Prinzip, daß das Ganze auch den Teil, die Hauptsache auch die inbegriffenen Nebensachen umfasse, wie sich dies aus dem Prinzip der Rechtshängigkeit ableiten ließ, kann auf den Satz: *de eadem re ne bis agitur* gestützt werden, die *connexitatis causarum* aber ist ein neues Prinzip, das, solange man nicht die Forderung der Verhütung widersprechender Urteile stellte, unbegründet blieb.

Als den Lehrern des gemeinen Rechts nicht unverborgен blieb, daß sowohl *continentia causae* als auch *connexitas causarum* neue Zuständigkeiten des Richters der Hauptsache begründeten, weil beide Prinzipien nunmehr auch für Nebensachen galten, die nicht als ein bloßer Teil der Hauptsache angesehen werden können, da sie auch der Hauptsache bloß verwandte Merkmale in sich tragen¹⁷, bildeten sie zwei *fora* aus, denen verschiedene Plätze im System der Gerichtsstände zukamen: das *forum continentiae ex causarum identitate* und das *forum connexitatis causarum*. Da eigentlich beide *fora* unter einem Gerichtsstand des Sachzusammenhangs hätten zusammengefaßt werden können, sobald die *continentia causae* nicht mehr die im Prinzip der Rechtshängigkeit liegende Kompetenz der Hauptsache über die in ihr enthaltenen Nebensachen bedeutete, war das Unterscheiden zweier *fora* innerlich nicht begründet. Daran denn, an der Unterscheidung und der begrifflichen Fassung der beiden Gerichtsstände des Sachzusammenhangs, haben sich die Diskussionen entzündet, die uns heute eine fast undurchdringliche Verwirrung der Begriffe zeigen.

Wir müssen, von der heutigen Ansicht des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs als einheitlicher Gerichtsstand für alle konnexen Sachen abweichend, uns diese Zweiheit folgendermaßen erklären. Die *continentia causae* blieb als Vorstellung erhalten. Da aber ihr Sinn – der Ausfluß aus dem Prinzip der Rechtshängigkeit – verloren gegangen war, gab man ihr unter Ausgestaltung als Gerichtsstand einen neuen Inhalt. Dieser wurde schließlich darin gefunden, daß man – der Wortlaut *continentia ex causarum identitate* mahnt daran –

¹⁷ *Planck*, a.a.O. S. 336.

darunter jene Beziehungen zwischen Haupt- und Nebensachen verstand, die in einem bestimmten Element identisch waren¹⁸. Dieses identische Element¹⁹ begründete den Sachzusammenhang. Das *forum connexitatis causarum* aber diente jenen Beziehungen zwischen Haupt- und Nebensachen, die nicht ein identisches Element aufwiesen, doch in weiterem Sinne konnex waren. Wir wollen nun, anhand einer Abklärung des Begriffes der Konnexität, untersuchen, wie weit sich das gemeine Recht der Unterscheidungen dieser beiden Arten der Konnexität: Konnexität aus Identität und Konnexität im weiteren Sinne, bewußt war.

III. Der Begriff der Konnexität

Durchgängig ist dem gemeinen Prozeßrecht die Unterscheidung einer materiellen Konnexität von einer formellen. Letztere wird etwa von Linde²⁰ als jener Zusammenhang zwischen zwei Streitsachen bezeichnet, der durch die vereinigte, gemeinsame Verfolgung der beiden Streitsachen vor ein und demselben Gericht zustande kommt. Als Beispiel zweier formell konnexer Streitsachen führt Linde das Einführen von zwei Klagen in objektiver Klagehäufung vor einem Gericht an. Etwas aufschlußreicher ist die Umschreibung von Martin²¹, nach ihm liegt formelle Konnexität vor, «wenn die zu beurteilenden mehreren Rechtsverhältnisse, ohne daß sie an sich schon miteinander im Zusammenhang stehen, alle in Form eines einzigen Rechtsstreites vor Gericht gelangen.» Wir werden indessen im weiteren auf diese Unterscheidung einer formellen Konnexität keinerlei Rücksicht nehmen, sondern unter dem Ausdruck Konnexität immer die materielle Konnexität verstehen. Dies dürfen wir um so eher, als die sogenannte formelle Konnexität ja nur ein bloß tatsächliches Band zwischen zwei Streitgegenständen darstellt, das durch Prozeßinstitute eigener Wirkung und eigener Begründung zustande kommt. Die formelle Konnexität hat selbst keinerlei Wirkungen.

¹⁸ Die Abkehr vom Prinzip der Rechtshängigkeit ist von jenem Momente an vollzogen, in dem die *continentia causarum* auch Nebensachen erfaßte, die nur in einzelnen Teilen mit der Hauptsache identisch waren.

¹⁹ Z. B. der Klagegrund kann identisch sein: aus einem Rechtsverhältnis entstehen mehrere Prozesse. Hier wird auch die Einforderung mehrerer Sachen, an verschiedenen Orten gelegen, aufgeführt.

²⁰ Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, S. 63.

²¹ Martin, Lehrbuch, S. 54.

Die materielle Konnexität wurde von den gemeinen Prozeßrechtlern verschieden gefaßt. Nach Lotz²² können Rechtsstreitigkeiten so zu einander in Beziehung stehen, daß die eine ohne die andere nicht entschieden werden kann. Diese Definition der Konnexität trifft bei ihm für das *forum continentiae ex causarum identitate* zu. Für das allgemeinere *Forum connexitatis causarum* aber gibt er die Umschreibung, daß Konnexität überall dort gegeben sei, wo zwei Rechtsstreitigkeiten miteinander in Beziehung stehen. Die Notwendigkeit der gemeinsamen Verhandlung als Begriffsmerkmal entfällt also. Konnexität als Beziehung zwischen zwei Rechtsverhältnissen zu bezeichnen, heißt nichts anderes als einen Ausdruck durch den anderen, ebenso unbestimmten, zu ersetzen.

Eine Generalformel, die schon präzisierter ist, gibt Linde²³; nach ihm soll Konnexität dann gegeben sein, wenn die eine Rechtsstreitigkeit nicht ohne Nachteil für die andere entschieden werden kann. Dieser Definition stimmt auch Bayer zu. In dieser Allgemeinheit soll sie für beide fora des Sachzusammenhangs Geltung haben. Es zeigt sich darin eine weitgehende Übereinstimmung mit den Ansichten einer Reihe von französischen Prozessualisten, die ebenfalls die nachteilige Einwirkung einer Streitsache auf die andere bei getrennter Verhandlung als Kriterium anführten²⁴. In seiner eingehenden Studie grenzt Brackenhoeft²⁵ die Konnexität als «die Einheit von Rechtsverhältnissen in einzelnen Teilen» von der bei der Rechtshängigkeit gegebenen Identität als Einheit im Ganzen ab. Damit ist aber nur die Konnexität bei dem *forum continentiae ex causarum identitate* erfaßt. Insbesondere mangelt dieser Umschreibung auch die Bestimmung des Zwecks der Konnexität. Strippelmann²⁶ sucht beiden fora gerecht zu werden und unterteilt die Konnexität. Auf der einen Seite verhalten sich konnexe Sachen wie Teile eines Ganzen (dies entspricht etwa Brackenhoeft, wenn auch etwas enger gefaßt), auf der andern Seite faßt Strippelmann einen weiteren Begriff der Konnexität in Übereinstimmung mit Linde, indem er also die Tunlichkeit

²² Lotz, *Civilistische Abhandlungen*, S. 136.

²³ Linde, a.a.O. S. 115.

²⁴ siehe oben S. 104 f.

²⁵ Brackenhoeft, *Die Identität und materielle Connexität des Rechtsverhältnis*, S. 3.

²⁶ Strippelmann, *Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen*, S. 350.

gleichzeitigen Verhandelns vor dem gleichen Gericht zum Kriterium nimmt.

Wir erkennen aus den angeführten Begriffsbestimmungen, daß man sich aus der Zweiteilung des Gerichtsstandes der Konnexität in *forum continentiae ex causarum identitate* und in *forum connexitatis causarum* heraus genötigt sah, den Begriff der Konnexität zu differenzieren. Da aber dabei nur sehr behelfsmäßige, im Allgemeinen stecken bleibende Umschreibungen oder aber auf den Einzelfall zugeschnittene Bestimmungen des Begriffes gelangen, wie auch dem französischen Prozeß eine befriedigende Begriffsbestimmung versagt blieb, können wir daraus nichts entnehmen²⁷.

IV. Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs im Besonderen

Wir können hier nur die Meinungen der Prozeßrechtler des neunzehnten Jahrhunderts darstellen, wollen wir nicht den Darlegungen des gemeinen Prozeßrechts in unserer Arbeit einen allzubedeutenden Teil zuwenden. Dies ist um so berechtigter, als die schweizerischen Kodifikationen, die wir im Anschluß behandeln wollen, alle erst im 19. Jahrhundert entstanden sind, ihre maßgebenden Einflüsse, soweit sie aus dem gemeinen Prozeßrecht stammen, also in dieser Zeit erfahren haben.

In der hergebrachten Unterscheidung eines *forum continentiae ex causarum identitate* und eines *forum connexitatis causarum* waren sich die Prozessualisten einig, in der Anerkennung der Berechtigung

²⁷ Anhangsweise sei hier bemerkt, daß das katholische Kirchenrecht in seinem Prozeßrecht die beiden Figuren noch heute unterscheidet. Can. 1567 des *Corpus iuris canonici* heißt im Wortlaut: «*Ratione connexionis seu continentiae ab uno eodemque iudice cognoscendae sunt causae inter se connexae, nisi legis praescriptum obstat.*» Offenbar können hier konnexe Prozesse nur soweit zusammengelegt werden, als nicht die Zuständigkeitsordnung (*praescriptum legis*) etwas anderes bestimmt. Dies wird so auszulegen sein, daß nur jene konnexas Prozesse von einem Gericht beurteilt werden dürfen, für die es sachlich und örtlich an sich zuständig ist. Es handelt sich demnach nicht um einen eigentlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs. Vielmehr wird im Interesse einer Verhütung widersprechender Urteile die Ordnungsvorschrift aufgestellt, daß das (an sich zuständige) Gericht die konnexas Sachen eines andern (an sich zuständigen) Gerichtes übernehmen müsse. Die Abgrenzung von *connexio* und *continentia* dürfte den gleichen Schwierigkeiten begegnen, wie sie das gemeine Recht diskutierte.

dieser beiden Gerichtsstände des Sachzusammenhangs aber und in der Frage ihres Umfanges und ihrer Ausgestaltung fanden sich niemals auch nur zwei von ihnen übereinstimmend.

Ein Überblick über die vertretenen Stellungnahmen, deren Begründungen wir nicht nachgehen können, da sie sich fast ausschließlich um die Auslegung einzelner römisch-rechtlicher Quellen drehen, wird uns das bestätigen.

1. Das *forum continentiae ex causarum identitate* wird schon bald nach Beginn des 19. Jahrhunderts von Lotz scharf angegriffen²⁸. Er weist nach, daß dieser Gerichtsstand, der sich nun zur engen Bedeutung eines Gerichtsstandes der Einheit des Klagegrundes entwickelt hat, für das gemeine Prozeßrecht keinerlei allgemeine Bedeutung haben kann, stamme er doch aus einer falsch ausgelegten Stelle der römisch-rechtlichen Quellen, aus der auch noch die Gelehrten des 18. Jahrhunderts glaubten herleiten zu können, daß dieser im Reichsabschied vom Jahre 1600²⁹ für das Verfahren vor Reichsgericht genannte Gerichtsstand auch für das Verfahren des gemeinen Rechts verbindlich sei. Nur als außerordentlichen Gerichtsstand will Lotz das *forum continentiae ex causarum identitate* dort gelten lassen, wo es das Prozeßrecht ausdrücklich vorsieht, wie etwa im partikulären Recht oder auch im Verfahren vor Reichsgericht. Die Legalität dieses Gerichtsstandes leite sich ja dann nicht aus dem römischen Prozeß ab, sondern aus der eigenen Gesetzgebung³⁰. Es folgen schon kurz nach Lotz die Darstellungen von Strippelmann und Wetzell, die noch etwas genauer den Gerichtsstand der Einheit des Klagegrundes untersuchten. Strippelmann³¹ zählt ihn zum vorneherein nicht zum Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, was nunmehr, da er sich zur engen Bedeutung des gemeinsamen Gerichts für mehrere Klagen eines Klägers gegen mehrere Beklagte aus demselben Rechts-

²⁸ a.a.O. S. 139 ff.

²⁹ § 23: «Wann wider zween oder mehr Consortes, deren jeder seine sonderbaren Austräge hatte, alsobald in Camera suppliciert würde, sollen in dem Falle, daß sich aus den narratis die *continentia causae* befinden würde, und die Parteien sich eines endlichen und gewissen Richters nicht vergleichen könnten, alsbald am kaiserlichen Cammergericht Prozesse erkannt werden können.» Zitiert bei Lotz a.a.O. S. 142.

³⁰ Lotz, a.a.O. S. 142 führt aus, daß die Consortes doch nur Streitgenossen sind, für die die Streitgenossenschaft gilt.

³¹ a.a.O. S. 350.

grund, gewandelt hatte, nicht von der Hand zu weisen war. Wetzell zwar anerkennt ausdrücklich ein *forum continentiae ex causarum identitate* für jene Fälle, in denen getreu dem Vorbild des Reichsabschieds ein Kläger mehrere Beklagte als *litis consortes*, – wie Wetzell ausdrücklich anführt³² – gemeinsam vor dem oberinstanzlichen Gericht einklagt. Ebenso gilt nach ihm ein *forum continentiae ex causarum identitate*, wenn mehrere Sachen in verschiedenen Gerichtssprengeln aus demselben Klagegrund eingefordert werden sollen. Auch hier ist jeweils eine unmittelbare Zuständigkeit des oberinstanzlichen Gerichts gegeben. Doch auch Wetzell zählt diese Fälle nun nicht mehr unter den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs. Planck³³ macht aber dazu die sehr zutreffende Bemerkung, daß es sich hier gar nicht um einen Gerichtsstand handle, sondern daß eine Begründung der unmittelbaren oberinstanzlichen Zuständigkeit, das bloße Überspringen einer Instanz, nichts anderes bedeute als eine Regelung des Verhältnisses mehrerer zuständiger Gerichte zueinander. Die Funktion dieser Regelung ist die Verhütung eines positiven Kompetenzkonfliktes. Die Ansicht Wetzells unterstützt auch Mittermaier³⁴, der den Gerichtsstand allerdings noch mit der alten Bezeichnung *forum continentiae causarum* aufführt, ihn aber vom Gerichtsstand des Sachzusammenhangs trennt und seine Berechtigung für den Prozeß vor Reichsgericht ausführlich darlegt³⁵.

Daß einzelne Prozeßrechtler dieses *forum* auf das gemeine Prozeßrecht ausgedehnt haben, mag noch verständlicher erscheinen, wenn man berücksichtigt, daß es in verschiedenen partikulären Prozeßordnungen anerkannt wurde, so zum Beispiel in einem der Prozeßordnung beigegebenen Gesetz über privilegierte Gerichtsstände vom 28. Januar 1835 für das Land Sachsen. Osterloh³⁶ führt dazu unter dem privilegierten Gerichtsstande *continentiae ex causarum identitate* einzig den Fall an, daß ein Kläger mehrere Beklagte auf einen gemeinsamen Anspruch einklagen will. Ist der eine der Beklagten in gewisser Weise privilegiert, so sind sämtliche Beklagten beim Ober-

³² Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, S. 464, 505.

³³ Planck, a.a.O. S. 328 f.

³⁴ a.a.O. S. 15 f.

³⁵ Mittermaier, Abhandlung, S. 141 f.

³⁶ Osterloh, Der ordentliche bürgerliche Prozeß nach königlich sächsischem Rechte. S. 181.

gerichte, das für den privilegierten Beklagten zuständig ist, einzuklagen. Ist keiner der Beklagten privilegiert, so bittet der Kläger eines der kompetenten Gerichte um die Übernahme des ganzen Prozesses³⁷.

Wir dürfen somit für das 19. Jahrhundertfüglich annehmen, daß das *forum continentiae ex causarum identitate*, das nach der Mehrzahl der angeführten Prozessualisten in den vorangehenden Jahrhunderten noch Gerichtsgebrauch des gemeinen Rechts war³⁸, nicht mehr dem gemeinen Prozeßrecht als allgemeiner Gerichtsstand des Sachzusammenhangs bekannt war.

2. Das *forum connexitatis causarum* aber hat nach der herrschenden, ja fast übereinstimmenden Meinung der gemeinen Prozeßrechtler für das 19. Jahrhundert durchaus Geltung. Mit Mittermaier³⁹ erklärt ihn auch Osterloh⁴⁰ zum ordentlichen Gerichtsstand. Ersterer führt ihn allerdings direkt auf römische Quellen zurück, während der letztere Autor ihn als Gerichtsgebrauch des gemeinen Rechts hinstellt. Lotz⁴¹ trifft wohl das Richtige, wenn er den Gerichtsstand der Konnektivität in seiner allgemeinen Bedeutung als besonderen Gerichtsstand erst dem Gerichtsgebrauch des gemeinen Rechts zuschreibt, für die römischen Quellen aber einen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs in dem Sinne anerkennt, als die bedingenden, sogenannten präjudiziellen Nebensachen am Gerichte der Hauptsache zu verhandeln seien⁴².

V. Der Umfang des *forum connexitatis causarum*

Wenn der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs vor allem dafür begründet war, die Nebensachen an das Gericht der Hauptsache zu ziehen, so waren doch die Meinungen, was alles zu den Nebensachen gehöre, geteilt.

³⁷ Ähnliche Bestimmungen finden wir auch in den schweizerischen Zivilprozeßgesetzen. Z. B. Zürich, § 4.

³⁸ *Planck* allerdings leugnet diesen Gerichtsgebrauch, a.a.O. S. 346.

³⁹ *Mittermaier*, a.a.O. S. 142.

⁴⁴ a.a.O. S. 216.

⁴¹ a.a.O. S. 144.

⁴² Im römischen Prozeß war allerdings dieser Gerichtsstand nicht eigentlich gegeben. Die Kompetenz der Hauptsache über die Nebensache ergab sich aus der *continentia causae*.

Bayer⁴³ scheidet grundsätzlich die Nebensachen in präjudizielle, in präparatorische und incidente. Ein präjudizielles Verhältnis zwischen Haupt- und Nebensache liegt nach ihm vor, «wenn sie sich so zueinander verhalten, daß die Entscheidung über eine notwendig die Entscheidung der anderen voraussetzt.» Es liegt darin eine Abgrenzung zur allgemeinen Umschreibung der Konnexität, indem diese letztere schon gegeben ist, wenn die eine Sache nicht die andere als entschiedene voraussetzt, sondern nur die Verhandlungen über die eine Sache die andere nachteilig beeinflußt.

Präparatorisch aber ist eine Nebensache, wenn ihre Beurteilung das Verfahren über die Hauptsache zwar erleichtert, aber nicht entscheidend bestimmt. Incidentsachen endlich sind jene Nebensachenpunkte, die erst während des Verfahrens über die Hauptsache entstehen. – Lotz trifft die gleiche Unterscheidung, läßt aber die präparatorischen Nebensachen nur dann unter dem Gesichtspunkt des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs an das Gericht der Hauptsache weisen, wenn die Nebensachen die Hauptsachen in kausaler Weise vorbereiten, nicht aber, wenn etwa bloß das Objekt beider verfolgten Rechte zufällig dasselbe ist⁴⁴. Es ist kritisch dazu zu sagen, daß kausal präparatorische Nebensachen wohl kaum von den präjudiziellen Nebensachen unterschieden werden können.

Martin⁴⁵ und Gensler⁴⁶ treten dafür ein, auch die bloß präparatorischen Nebensachen unter die Konnexität zu fassen.

Mit diesen Unterscheidungen haben wir aber noch recht wenig gewonnen, solange ungewiß ist, was unter den einzelnen Kategorien von Nebensachen zu verstehen ist. Die Lehrbücher der Prozessualisten erörtern unter dieser Frage die einzelnen Fälle, in welchen der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs gegeben oder gezeugnet werden soll.

Im Mittelpunkt stand der Streit darüber, ob die Klagen über das Possessorium und über das Petitorium im Verhältnis der Haupt- und Nebensache stehen und ob sie dementsprechend vor einem gemeinsamen Gerichtsstand oder getrennt zu beurteilen seien. Umstritten

⁴³ Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, S. 25 f.

⁴⁴ Lotz, a.a.O. S. 145 f.

⁴⁵ a.a.O. S. 95.

⁴⁶ Gensler, Handbuch zu Martins Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, zu § 50.

war auch in diesem Zusammenhang, ob eine Klageprovokation nur an jenem Gerichte möglich sei, das zur Beurteilung der provozierten Klage zuständig ist oder ob ein anderes Gericht, das mit konnexer Sache befaßt sei, die Klageprovokation gestatten könne. Weiterhin waren etwa die Honorarforderung des Anwalts, die Editionsgesuche, die während des Hauptprozesses gegen den Prozeßgegner gerichtet wurden, und die Klage auf Aufhebung eines Arrestes als Nebensachen betrachtet worden, die jeweils am Gericht des Prozesses, aus dem die Forderung sich ableitet bzw. in welchem der Arrest ausgesprochen wurde, zu erheben sind. Besonders umstritten war der Versuch, das Konkursgericht zum ausschließlichen Forum für alle gegen den Schuldner zur Zeit des Konkurses schwebenden Prozesses zu erklären, da sie unter sich konnex seien. Von der Mehrheit der Autoren wird dieser Gerichtsstand geleugnet⁴⁷.

Wir haben uns begnügt, diese Anwendungsfälle des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs, wie sie unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses der Hauptsache zur Nebensache sich den gemeinrechtlichen Prozessualisten ergaben, aufzuzählen, ohne im einzelnen den Diskussionen, die eher um Auslegungsfragen der Quellen als um Zweckmäßigkeitsfragen gingen, Beachtung zu schenken. Es genügt uns, festzustellen, daß eine Formel allgemeiner Natur für die Anwendung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs nicht gegeben wurde, daß die Prozessualisten hingegen versuchten, eine Reihe von Einzelfällen, in denen auf Grund des Gerichtsgebrauches konnexe Sachen gemeinsam entschieden wurden, unter einen Nenner zu bringen, Einzelfälle, die für unser heutiges Prozeßrecht nicht mehr unter dem Gesichtspunkt des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs betrachtet werden können.

Was insbesondere die Incidentsachen anbetrifft, so ist mit Planck auf die oben S. 120 f. bereits erwähnte Überlegung hinzuweisen, nach der die Nebensachen, als bloßer Teil der Hauptsache betrachtet, schon unter die ordentliche Zuständigkeit des Gerichtes, das über die Hauptsachen zu entscheiden hat, fallen. Wetzell⁴⁸ stimmt Planck in dieser Hinsicht voll und ganz zu.

Für unsere Arbeit ergibt sich somit nur sehr wenig aus dem gemeinen Prozeßrecht. Den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs

⁴⁷ Vgl. dazu Lotz, a.a.O. S. 204 f.

⁴⁸ a.a.O. S. 505.

als Gerichtsstand zwischen mehreren Hauptsachen erwähnt einzig Bayer⁴⁹ in zustimmendem Sinne, doch führt er gleichzeitig an, daß er keine Geltung für das gemeine Recht habe und nur für jene Partikularrechte gültig bestehe, die ausdrücklich bestimmen, daß eine Hauptsache, sobald sie rechtshängig sei, die ihr konnexen Hauptsachen nach sich ziehe an ihren Gerichtsstand. So bestimmt etwa der § 13 der Hannover'schen Prozeßordnung⁵⁰, daß «mehrere Streitigkeiten, welche miteinander dergestalt in Verbindung stehen, daß die Verhandlung und Entscheidung derselben durch verschiedene Gerichte nicht ohne erheblichen Nachteil geschehen kann . . ., insofern sie zu derselben Gattung der Gerichtsbarkeit gehören, sämtlich bei einem und demselben Gericht verhandelt werden» sollen.

Eine Betrachtung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs unter dem Aspekt der Verhütung widersprechender Urteile fehlte dem gemeinen Recht. Und Planck kommt in seinem Werk zum Schluß, daß ein allgemeiner Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, so wie ihn das gemeine Recht verstand, nicht ein Prinzip zur Verhütung widersprechender Urteile sein könne, wie es die Rechtshängigkeit und die Rechtskraft darstellen, weil eben dieser Gerichtsstand des Sachzusammenhangs im gemeinen Recht nichts anderes als die Aufzählung einiger besonderer Gerichtsstände für bestimmte Einzelfälle, wie etwa das Honorar des Advokaten oder den adhäsionsweise an den Strafprozeß geknüpften Zivilprozeß, bedeute, wobei allerdings diese Gerichtsstände eine innere Verwandtschaft insofern aufweisen, als sie Sachen zu vereinigen streben, die miteinander in Beziehung stehen. Eine befriedigende Bestimmung aber dieser Beziehung, eine Umschreibung der Konnexität also mit allgemeiner Bedeutung sei nicht gelungen⁵¹. Jenen Autoren, die den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs für Nebensachen gelten lassen wollen, hält Planck⁵² entgegen, daß sich die Kompetenz des Richters der Hauptsache über die Nebensachen schon aus der Regel über die Rechtshängigkeit ergebe.

⁴⁹ a.a.O. S. 138.

⁵⁰ Vom 8. November 1850, vgl. dazu oben S. 94 Anm. 9.

⁵¹ Vgl. Planck, a.a.O. S. 531 f.

⁵² a.a.O. S. 533.

VI. Die Geltendmachung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs und die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen

Wie der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs einredeweise im Prozeß geltend gemacht werden kann, wurde von den gemeinrechtlichen Prozessualisten nicht im besonderen erörtert. Albrecht zählt in seinem Werk über die Einreden des gemeinen Prozesses keine Einrede der Konnexität auf⁵³. Einen einzigen Hinweis finden wir bei Strippelmann⁵⁴, der zwei Gerichtsentscheide anführt. In einem Urteil vom 12. Februar 1825 bestätigte das Appellationsgericht zu Kassel eine von einem unteren Gericht zugelassene Einrede eines zugleich hängigen Rechtsstreites über eine konnexe Sache (es handelt sich materiell um den Rechtsstreit über das Petitorium und das Possessorium). Die Einrede würde als *exceptio fori incompetentis* erhoben. In einem weiteren Urteil des gleichen Appellationsgerichts vom 8. Juli 1850 bestätigte das Gericht seinen früheren Entscheid, ja es wies das untere Gericht sogar zur Abweisung der konnexen Klage von Amtes wegen an, weil der Sachzusammenhang den Kläger vor das Gericht des ersten Prozesses zwingt. Indessen sind diese Entscheide auf Grund des partikulären Rechts ergangen, sie haben nicht dem Gerichtsgebrauch des gemeinen Rechts Ausdruck gegeben.

Wenn wir einen Blick auf die prozessualen Verteidigungsmittel des Beklagten im gemeinen Recht werfen, so erkennen wir daraus, daß der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs wohl nur als Einrede, und zwar mit der Einrede der Unzuständigkeit geltend gemacht wurde.

Das gemeine Recht stand auf dem Boden der *Eventualmaxime* und kannte, angesichts des weitgehenden Parteibetriebs fast nur Verteidigungsmittel des Beklagten. Von Amtes wegen wurden Klagen nur bei Mängeln der Klageschrift, bei fehlender Klagelegitimation und bei Inkompetenz des Richters abgewiesen⁵⁵. Das Einredesystem stellt sich nach der Darstellung eines der letzten gemeinrechtlichen Prozessualisten, Renaud⁵⁶, wie folgt dar:

⁵³ Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprozesses.

⁵⁴ a.a.O. S. 367 f.

⁵⁵ Bülow, Die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen und die Prozeßeinreden, S. 303.

⁵⁶ Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozeßrechts, S. 210 f.

Neben dem direkten Leugnen oder Eingestehen des tatsächlichen Klagefundamentes umfaßt der Begriff der Einrede sowohl die römisch-rechtlichen *exceptiones* als auch die *defensiones*. Sie teilen sich in die dilatorischen (= verzögerlichen) und in die peremptorischen (= zerstörlchen) Einreden ein. Letztere wenden sich gegen den Klageanspruch; sie sind geeignet bei Guttheißung durch das Gericht die Klage für immer abzuweisen. Erstere aber können entweder aus dem materiellen Streitverhältnis oder dann aus den formellen Elementen des Prozesses, aus den Prozeßvorschriften über das Verfahren selbst, abgeleitet werden. Sie heißen in diesem Fall prozessualische Einreden. Zu ihnen gehören nun die deklinatorischen Einreden, unter die die Unzuständigkeits- und auch die Rechtshängigkeitseinrede gezählt werden. Ebenfalls fällt darunter die gelegentlich mit der Einrede der Rechtshängigkeit verwechselte *exceptio praeventionis*⁵⁷.

Bülow hat indessen in seiner Untersuchung⁵⁸ gezeigt, daß die römisch-rechtlichen Einredesysteme durchaus nicht eindeutig und in ihrem ursprünglichen Gehalt in das gemeine Recht übernommen wurden. Sie vermischen sich schon unter den italienischen Glossatoren mit germanisch-rechtlichen Vorstellungen. Insbesondere sind aus den germanischen Verteidigungsmitteln der Einlaßverweigerung die dilatorischen Einreden entstanden, die doch nur einen römischen Namen für germanische Vorstellungen bedeuten⁵⁹. Bülow deckte diese Zusammenhänge auf und kam, indem er ein Zurückgehen auf die römischen Auffassungen forderte, dazu, im Prozeß nicht mehr das bloße Tun und Erzählen der Parteien zu erblicken, sondern eine ständige Wechselwirkung zwischen dem beurteilenden Gericht und den ansprechenden Parteien zu sehen. Von hier aus entwickelte er seine Lehre von den Prozeßvoraussetzungen, die ihm konstitutive Elemente des Prozeßverhältnisses bedeuteten. Darin sieht Bülow eine Reihe von Bedingungen, die zu Beginn eines Prozesses erfüllt sein müssen, soll über den Prozeß verhandelt werden können. Unter diesen Prozeßvoraussetzungen erscheinen auch die bisherigen Verteidigungsmittel des Beklagten wie Einrede der Rechtshängigkeit und Einrede der Inkompetenz.

⁵⁷ Vgl. dazu die Kritik bei *Planck*, a.a.O. S. 544.

⁵⁸ a.a.O. S. 19 ff.

⁵⁹ Wir verweisen hier auf die historischen Darstellungen bei *Eter*, Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid, S. 11 f., und bei *Stöckling*, Die prozessualen Vorfragen im St. Galler Zivilprozeß, S. 14 f.

Mag auch Bülow in einzelnen Teilen seiner historischen Beweisführungen widerlegt worden sein⁶⁰, so hat doch die Lehre von den Prozeßvoraussetzungen sich in der modernen Prozeßtheorie ganz durchgerungen, wenn sie auch in den Prozeßgesetzen nicht überall anerkannt wurde.

Diese summarische Darstellung der Entwicklung der Verteidigungsmittel der Parteien zu den von Amtes wegen zu berücksichtigenden Prozeßvoraussetzungen schien uns notwendig, weil wir in den schweizerischen Prozeßgesetzen eine Fülle verschiedener Regelungen der Einreden und Prozeßvoraussetzungen vorfinden, die in einzelnen Fällen noch durchaus origineller, eigenständiger Herkunft sind, im großen und ganzen jedoch aus dem gemeinen Recht und den germanischen Vorstellungen gemischt sind, soweit sich nicht die moderne Anschauung der Prozeßvoraussetzungen durchzusetzen vermochte.

II. Abschnitt

Das Prozeßrecht der Schweiz

3. Kapitel

Die kantonalen Prozeßordnungen der Schweiz

Es kann hier nicht die Rede davon sein, die Institute der einzelnen Prozeßgesetzgebungen darzustellen, soweit sie die Verhütung widersprechender Urteile im Sinne haben. Das wäre angesichts der Vieltätigkeit und der wenig systematischen Behandlung des Problems Ne bis in idem in den schweizerischen Prozeßordnungen ein schwieriges Unterfangen. Wir müssen uns deshalb auf die Darstellung der Vorschriften, die in irgendeiner Weise auf den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs verweisen, beschränken, wobei wir allerdings, soweit die Konnexität im Zusammenhang mit der Regel der Rechtshängigkeit erwähnt wird, auch diese kurz streifen werden. Im übrigen aber müssen wir auf Arbeiten verweisen, die die Institute, die der

⁶⁰ *Goldschmidt*, Prozeß als Rechtslage, S. 9 f. *Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 45.

Verhütung von Doppelprozessen dienen, im einzelnen behandelt haben¹.

Allgemein sind die kantonalen Prozeßordnungen, was das Einredesystem und die hier anzuschließenden Prozeßvoraussetzungen anbelangt, am meisten vom gemeinen Recht her beeinflusst worden. Das gilt auch teilweise für die westschweizerischen Kantone; denn auch in ihnen war der französische Einfluß nicht der primäre, was wohl darauf zurückzuführen ist, daß sie sehr oft auf deutschschweizerische Kodifikationen Bezug nehmen. Der Ordnung halber wollen wir immerhin zwei Gruppen von kantonalen Prozeßordnungen unterscheiden.

I. Die welschen Kantone

1. Die erste Kodifikation des Kantons Neuenburg, der Code de procédure civile vom 25. Oktober 1878 (erster Teil) stellte die Rechtskraft, die Rechtshängigkeit und die Konnexität in Zusammenhang. In dieser Hinsicht ging das neuenburgische Prozeßgesetz über den Waadtländer Code vom Jahre 1870, dem es sonst einen starken Einfluß verdankt² hinaus, indem es sich deutlich an französische Vorbilder anlehnte, erwähnt doch der Waadtländer Code weder die Rechtshängigkeit noch die Konnexität.

Der Neuenburger Code de procédure civile bestimmte in Art. 170 lit. d, daß die Parteien den Prozeß nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr vor ein anderes Gericht tragen dürfen. Geschieht die anderweitige Hängigmachung des identischen Streitgegenstandes dennoch, so steht den Parteien die Erhebung der Einrede der Rechtshängigkeit zur Verfügung (Art. 173 lit. f), die nicht dem französischen Vorbild gemäß, unter den exceptions declinatoires, sondern unter den moyens préjudiciels ou dilatoires eingereiht wird. Damit soll ausgedrückt sein, daß nicht nur der Beklagte die Einrede hat, sondern daß beide Parteien zur Rüge des bereits hängigen Prozesses befugt sind³. Einzubringen sind die moyens préjudiciels in limine litis,

¹ *Schauwecker*, Die Einrede der Litispendenz, *Brumann*, Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, *Guldener*, die Beiladung, insbesondere im Bundeszivilprozeßrecht, *Guldener*, Die Wirkung von Urteilen über den Personenstand gegenüber Dritten.

² *Schurter-Fritzsche*, Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, Bd. 2. 2. Teil, S. 236.

³ Vgl. *Schurter-Fritzsche*, a.a.O. Bd. 2. 2. Teil, S. 488, Anm. 807.

doch wird immerhin gestattet (Art. 183), die Einrede noch mit der Antwort auf die Hauptfrage zu verbinden. Einen eigentlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs kennt das erste Prozeßgesetz Neuenburgs noch nicht, Art. 27 bestimmt lediglich, daß ein Gericht, das mit einem Rechtsstreit befaßt sei, auch zur Beurteilung aller *accessoires* und *incidents*, aller Nebensachen also, zuständig sei⁴.

Der Code vom 29. November 1906 hält an der bishrrigen Regelung der Rechtshängigkeit fest, (Art. 162 lit. e und Art. 169), doch nennt er ausdrücklich unter den *moyens préjudiciels*, die kumulativ in *limine litis* vorzubringen sind, die Einrede der Konnexität⁵. Zwar erscheint unter den Gerichtsständen der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs nicht, allein gleich wie beim französischen Prozeßrecht dürfen wir aus der Erwähnung der Einrede der Konnexität auf den *implicite* damit gegebenen Gerichtsstand in allgemeiner Form schließen. Einrede der Rechtshängigkeit und Einrede der Konnexität sind einander gleichgestellt⁶, währenddem die Inkompetenz eines Richters nun auch von Amtes wegen beachtlich ist, dazu aber auch einredeweise bis zum Schluß der Verhandlungen eingebracht werden kann (Art. 15, Abs. 2).

Im neuen Prozeßgesetz vom 7. April 1925 werden die erwähnten Bestimmungen wörtlich beibehalten. (Insbesondere Art. 162 lit. d und lit. e, Art. 15⁷).

⁴ Indessen hatte ein Gerichtsurteil des Tribunal Cantonal vom 7. Mai 1897, zitiert in *Recueil de Jugements du Tribunal Cantonal*, Bd. 4, S. 479 f. die Einrede der Konnexität als *moyen préjudiciel* im Sinne von Art. 173 C.P.c. anerkannt, womit der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs begründet war.

⁵ Art. 162: *Sont proposés d'entrée de cause et cumulativement les moyens préjudiciels qui se rapportent: . . .*

lit.f: *à la connexité entre l'action introduite et une autre action déjà pendante devant un tribunal, si le sort de cette dernière est de nature à influencer la décision de la première.*

⁶ Nicht aber ist der Effekt der gleiche nach der Rechtssprechung des Tribunal Cantonal. Denn die Einrede der Konnexität kann nur zum Aufschub der Verhandlungen im konnexen Prozeß führen, wie ein Urteil vom 20. März 1909 (*Recueil de Jugements du Tribunal Cantonal*, Bd. 7, S. 322) ausdrückt, indem es sich auf ein früheres Urteil vom 7. Mai 1897 stützt.

⁷ Die im neuen Gesetz, Art. 42 noch aufgeführte *Jonction des causes* hat neben dem Gerichtsstand des Sachzusammenhangs nur noch insoweit Raum, als es sich um konnexe Prozesse am gleichen Gericht handelt. *Recueil de Jugements du Tribunal Cantonal*, Bd. 8, S. 321 ff. Daraus wird der Schluß gezogen, daß zwar bei der *Jonction des causes* am gleichen Gericht die Zusammenlegung tunlich sei, daß aber

2. Erst in seinem neuesten Code de procédure vom 13. Oktober 1920 führt der Kanton Genf die Konnexität auf. Art 82 lautet:

«La jeretion des causes dont la connexité est évidente pourra toujours être ordonné par le Tribunal à la requête de l'une des parties.

La mise en cause d'un codébiteur pourra également être ordonné en tout état de cause en première instance.»

Diese Bestimmung berührt durchaus original. Es wird nicht von einer Einrede der Konnexität gesprochen, auch zählt die Prozeßordnung unter den Gerichtsständen denjenigen des Sachzusammenhangs nicht auf.

Materiell scheint diese Bestimmung zunächst mit der französischen Auffassung übereinzustimmen, indem dem Richter freies Ermessen darüber gegeben ist, ob er einem Begehren der Parteien auf Zusammenlegung der Prozesse entsprechen wolle oder nicht. Selbst wenn die Konnexität offensichtlich (évidente) ist, muß der Richter nicht die Zusammenlegung anordnen; es wird damit unserer Auffassung nach allerdings ein wesentlicher Zweck des Zusammenlegens konnexer Prozesse, die Verhütung widersprechender Urteile, nicht garantiert. Wenn wir es schon als richtig anerkannten, daß die Parteien auf den gleichzeitig hängigen konnexen Prozeß aufmerksam machen müssen durch Erhebung einer Einrede⁸, so haben wir damit der Forderung nach Berücksichtigung der Parteiinteressen Genüge getan, und wir müssen, zur Wahrung der staatlichen Interessen an der Rechtssicherheit zum mindesten annehmen, daß der Richter dann gezwungen sein soll den Zusammenschluß der Prozesse vorzunehmen, insbesondere dann, wenn die Konnexität offensichtlich evident ist.

Diese Evidenz der Konnexität besagt nicht viel. Es soll damit wohl, in Ergänzung und Präzisierung der französischen Auffassung, ein Zusammenlegen jener Prozesse vermieden werden, die nur in entfernter Verwandtschaft stehen⁹. Eine positive Anweisung an den Richter aber, welche Prozesse zusammenzulegen seien, ergibt sich daraus nicht. Wir dürfen hier wohl vorschlagen, die Evidenz der

bei verschiedenen konnexen Prozessen an verschiedenen Gerichten nicht eine Zusammenlegung, sondern nur die Aussetzung begründet sei. Uns dünkt diese Folgerung nicht stichhaltig.

⁸ Vgl. oben S. 88 ff.

⁹ Nach französischer Rechtssprechung sind zwei Prozesse konnex, wenn sie entweder in bezug auf ihr «objet» oder aber auf ihre «cause» identisch sind – allerdings materiellrechtlich identisch.

Konnexität in Übereinstimmung mit unseren Postulaten dann als gegeben anzunehmen, wenn unter den gleichen oder verschiedenen Parteien die Streitgegenstände konnex sind, weil ihre Rechtsbehauptungen einerseits oder aber ihre tatsächlichen Klagegründe anderseits identisch sind¹⁰.

Nach dem Wortlaut des Art. 82 können die Parteien die jonction des causes in jedem Zeitpunkt des Verfahrens beantragen. Auf Grund der prozeßökonomischen Überlegungen, – die übrigens unseres Erachtens die alleinige ratio legis für die Genfer «jonction des causes» sind, da das Problem der widersprechenden Urteile der Genfer ZPO fremd ist – erwähnt sie doch weder die Wirkungen der Rechtskraft noch das Prinzip der Rechtshängigkeit – müssen wir aber schließen, daß die Zusammenlegung der Prozesse nur solange angeordnet werden kann, als nicht das laufende Verfahren durch das Einbringen der konnexen Sache von Grund auf neu gestaltet, wieder begonnen werden müßte. Wir würden somit das Zusammenlegen konnexer Prozesse bis zum Schluß des Hauptverfahrens zulassen.

Der Art. 82 der Genfer ZPO stellt keinen eigentlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs dar, ebensowenig wie das Begehren der Parteien, die jonction des causes vorzunehmen, eine Einrede bedeutet. Dies will besagen, daß dem Gericht, das die konnexen Sachen beurteilt, keine neue Kompetenz erteilt wird; es muß an sich schon zur Behandlung der konnexen Sachen zuständig sein.

3. Die Waadtländer ZPO vom 20. November 1911 erwähnt weder die Konnexität noch die Rechtshängigkeitswirkungen. Ebensowenig bestimmten die vorangehenden Prozeßgesetze aus den Jahren 1824, 1847 und 1870, die weit eher von der bernischen als von der französischen ZPO beeinflußt waren¹¹, etwas über die Rechtshängigkeit oder die Konnexität. Es wurde aber versucht, das Problem der widersprechenden Urteile aus dem Art. 3 zu lösen, der den Richter anweist, darüber zu wachen, daß das Verfahren billig, sicher und rasch

¹⁰ *Perrot*, *Loi de procédure civile genevoise* annoté, zitiert S. 49 verschiedene Gerichtsurteile, nach denen die Evidenz dann vorliegt, wenn die konnexen Sachen nicht einzeln entschieden werden könnten. Die Tatsache, daß zwei Prozesse die gleichen Rechtsfragen (dieser Ausdruck ist nicht gleich unserem Begriff der Rechtsbehauptung) zur Entscheidung stellen, genügt nicht zur Konnexität. Konnexität herrscht beispielsweise zwischen der Klage der Mutter und des Kindes gegen den außerehelichen Vater.

¹¹ *Schurter-Fritzsche*, a.a.O. Bd. 2, 1. Teil, S. 96.

sei. Daraus schloß die Praxis, daß zwei identische Prozesse zwischen den gleichen Parteien nicht zugleich vor mehreren Gerichten beurteilt werden dürfen¹².

Das Verfahren des zweiten Gerichts muß ausgesetzt werden, und zwar gemäß Art. 253 sowohl auf Einrede der Partei hin als auch von Amtes wegen. Diese Aussetzung sollte u. E. zugunsten der Abweisung aufgegeben werden, denn nach dem einen Urteil über die identische Sache kann ein zweites Verfahren doch richtigerweise nicht mehr zugelassen werden, sei es nun auf Grund des Ne bis in idem oder wegen Fehlen einer Prozeßvoraussetzung, indem nämlich die Rechtskraft dem zweiten Verfahren im Wege steht.

Claude Bonnard weist in seiner den Einreden des Waadtländer Zivilprozesses gewidmeten Dissertation¹³ auf die Unzulänglichkeiten des bloßen Aufschubes des zweiten Prozesses hin, indem er anführt, daß dadurch weder unnötige Kosten noch die Gefahr widersprechender Urteile vermieden werden¹⁴ und schlägt in Übereinstimmung mit einem nicht publizierten Gerichtsscheid vom 5. Februar 1930 vor, die Einrede der Rechtshängigkeit aus Art. 3 abzuleiten¹⁵. Sie würde unter die exceptions de procédure gemäß Art. 283 ZPO zu zählen sein.

Für bloß konnexe Prozesse kann aus Art. 3 weder die Aussetzung noch der Zusammenschluß der mehreren Prozesse hergeleitet werden, wie Favey, der sich dabei auf ein Gerichtsurteil vom 30. April 1930 stützt, ausführt¹⁶. Wir stimmen Favey zwar insofern zu, daß auf Grund des Art. 3 kein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs begründet werden kann, bleibt doch die Anweisung an den Richter, über die Raschheit und Billigkeit des Verfahrens zu wachen, zu sehr im allgemeinen, um daraus eine zusätzliche Zuständigkeit der Gerichte auch für konnexe Sachen zu begründen. Doch glauben wir,

¹² *Favey*, Code de procédure civile vaudois annoté, S. 163 und dort zitierte Urteile.

¹³ *Bonnard*, De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, S. 137 f., 140.

¹⁴ Dies insbesondere deshalb, weil ein zweites Verfahren auch nach Erlass des ersten Urteils notwendig ist, sofern es nicht in Rechtskraft erwächst, *Bonnard*, a.a.O. S. 139 f.

¹⁵ Wie aber aus der Bemerkung von *Guldener*, a.a.O. S. 207 f. hervorgeht, braucht Art. 3 gar nicht herangezogen zu werden zur Begründung der Rechtshängigkeits-einrede, da diese auch für Prozeßrechte gelten muß, die sie nicht besonders erwähnen.

¹⁶ *Favey*, a.a.O. Weitere Gerichtsurteile: Journal des Tribunaux 1913. III. S. 94, 1942, III. S. 56.

daß die bloße Aussetzung des Verfahrens, – die bei konnexen Prozessen zwar nicht alle Probleme der mehreren konnexen Prozesse zu lösen vermag, aber doch ein gewisser Notbehelf sein kann – aus Art. 3 abzuleiten wäre¹⁷.

Das neue waadtländische Prozeßgesetz vom 15. Dezember 1936 und vom 24. Mai 1937 brachte zwar wichtige Änderungen im Einredesystem, doch blieb für unsere Fragen alles beim Alten. Weder die Rechtshängigkeit noch die Konnexität sind erwähnt.

4. In der ZPO vom 22. November 1919 erfuhr das Walliser Prozeßrecht eine erste wissenschaftlich moderne Darstellung¹⁸. Bemerkenswert ist dabei, daß nach Art. 152 der Richter angewiesen wird, eine Reihe von Prozeßvoraussetzungen von Amtes wegen zu überprüfen, und daß besonders auch die Rechtshängigkeit unter diesen Prozeßvoraussetzungen erscheint (in Verbindung mit Art. 150). Ausdrücklich wird erwähnt, daß bei Nichtbeachtung der Prozeßvoraussetzungen durch den Richter die Parteien die gleichzeitige Verhandlung eines anderweitig hängigen identischen Prozesses einredeweise rügen können (Art. 87).

Den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs kennt das Prozeßgesetz von Wallis nicht, in Art. 19 wird lediglich angeführt, daß der Richter der Hauptsache auch über die Nebensache zuständig sei.

5. In Freiburg, dessen Prozeßgesetz vom 12. Weinmonat 1849 zur Zeit durch ein im Entwurfe vorliegendes neues Gesetz abgelöst werden soll (der aber nicht publiziert wurde), finden wir neben der in Art. 88 ausgesprochenen Zuständigkeit des Richters der Hauptsache auch über die Nebensache einen eigentlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs.

Art. 25 lautet:

«Rechtssachen, die unter sich in Verbindung stehen, sollen gemeinschaftlich bei dem Gerichtsstande, vor welchen die Hauptsache gehört, oder, falls sie von gleichem Belang sind, bei demjenigen, wo die eine derselben bereits rechtshängig ist, behandelt werden.»

¹⁷ In einem neueren Entscheid, publiziert in SJZ, Bd. 43, S. 256, der aber allein steht, hat das Tribunal Cantonal gar die Jonction des causes, gleich wie sie die Genfer ZPO kennt, zugelassen, allerdings im besonderen Falle der Teilklage. Die jonction auf Grund der Konnexität wird dabei auf Verlangen einer Partei hin vom Richter angeordnet, und zwar ist er dazu gezwungen.

¹⁸ *Schurter-Fritzsche*, a.a.O. Bd. 2, 1. Teil, S. 303 und Bd. 2, 2. Teil, S. 658.

Wir erkennen an der Formulierung schon den Einfluß deutschen, insbesondere aber des bernischen¹⁹ Prozeßrechtes, aus dem Freiburg fast wörtlich seinen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs schöpfte. Die Verbindung, die die mehreren Prozesse aufweisen sollen, möchten wir wiederum in der hier vertretenen Auffassung der Konnexität sehen²⁰, als Identität der mehreren Rechtsbehauptungen oder der mehreren Klagegründe also. Übereinstimmend mit unserer, oben S. 83 vertretenen Ansicht soll unter den mehreren Gerichten dasjenige den gemeinschaftlichen Prozeß übernehmen, das mit der wichtigsten Sache befaßt ist, der man wohl das Attribut der Hauptsache zubilligen kann, und nur, wenn die konnexen Sachen «von gleichem Belange» sind, soll der Grundsatz gelten, daß das erstbefaßte Gericht die konnexen Sachen an sich zieht.

Die Geltendmachung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs wird nicht besonders erwähnt. Wir können die Einrede der konnexen Sache am ehesten den in Art. 40 genannten deklinatorischen Einwendungen, die die Inkompetenz betreffen, gleichstellen, ohne allerdings die darin ausgesprochene Beachtlichkeit von Amtes wegen in Fällen dinglicher Klagen auf sie zu übertragen. Der Form nach werden die deklinatorischen Einwendungen als Zwischengesuche behandelt und abgesondert von jeder anderen Frage beurteilt (Art. 41). Unklar ist allerdings dabei, daß anderseits der Art. 112 die Eventualmaxime für alle Einreden, mit Ausnahme der verzögerlichen und der zerstörliehen, anbefiehlt. Wir müssen daraus schließen, daß die deklinatorischen Einwendungen vorfrageweise einzubringen sind.

Mit dem Prinzip der Rechtshängigkeit bringt das Freiburger Prozeßrecht den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs nicht in Verbindung; auch daraus erkennen wir, daß nicht das französische Recht Vorbild war.

6. Hingegen weist das Tessiner Prozeßrecht deutlich auf romanische Einflüsse, die aus dem dem französischen Code de procédure nicht unähnlichen italienischen Prozeßrecht entstammen. Schon die erste Kodifikation vom 14. Dezember 1820 brachte in Art. 10 eine eingehende Regelung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs, wie

¹⁹ siehe unten S. 147.

²⁰ Der Wortlaut gestattet in seiner wenig präzisen Formulierung diese Interpretation durchaus.

sie sich sonst in keinem Prozeßgesetz der Schweiz findet. Der betr. Artikel heißt im Wortlaut:

«Trovandosi introdotti due o più giudizi avanti diversi uffici, che abbiano una eguale giurisdizione, e gli articoli proposti abbiano una necessaria connessione, per cui, pronunciandosi separatamente, potrebbe emanare una sentenza discrepante dall'altra, devono tutti riunirsi e rimettersi all'ufficio, avanti il quale si è preventivamente introdotta la lite.

§ 1 Se però le cause connesse e dipendenti fra di loro, si troveranno introdotte le une avanti una giustizia di pace, e le altre avanti il tribunale di prima istanza, in ragione della competenza, la riunione deve farsi avanti quest'ultimo.»

Abgesehen von der Unterscheidung konnexer Sachen, die zwischen Gerichten verschiedener sachlicher Zuständigkeit hängig sind, – wobei in Übereinstimmung mit der französischen Auffassung, der auch in unserer Arbeit zugestimmt wurde, die Sondergerichte nicht einen konnexen Prozeß, der vor dem ordentlichen Gericht hängig ist, an sich ziehen können²¹ –, fällt uns besonders die eingehende begriffliche Bestimmung der Konnexität auf. Die Konnexität muß eine notwendige sein in dem Sinne, daß getrennte Verhandlungen über die konnexen Sachen zu widersprechenden Urteilen führen würden. Damit wird, was wir bisher auch nicht im Wortlaut der entsprechenden französischen Bestimmung ausgedrückt fanden, eindeutig nicht nur auf die Prozeßökonomie, die hier ganz in den Hintergrund tritt, sondern im speziellen auf die Gefahr, die der Rechtssicherheit durch die Doppelprozesse in konnexen Sachen droht, hingewiesen. Die Bestimmung unseres Begriffes der Konnexität kann ohne weiteres als praktische Handhabe und Anweisung an den Richter zur Interpretation dieser Bestimmung der Tessiner ZPO herangezogen werden. Denn immer dann, wenn entweder die Rechtsbehauptungen oder aber die tatsächlichen Klagegründe identisch sind, sind die konnexen Prozesse geeignet, widersprechende Urteile bei getrennter Verhandlung zu zeitigen; demnach aber muß die Zusammenlegung in einem Verfahren erfolgen.

Die Geltendmachung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhanges erfolgt, parallel mit dem französischen Recht, im Zusammen-

²¹ Aus dem Wortlaut «eguale giurisdizione» abzuleiten in Verbindung mit § 1 des Artikels.

hang mit der Einrede der Rechtshängigkeit, indem Art. 217 den Parteien bei identischen sowohl als auch bei konnexen Streitgegenständen das Recht gibt, die Überweisung an das bereits befaßte Gericht zu verlangen. Im Unterschied zu Art. 171 des französischen Code de Procédure hat der Richter nicht freies Ermessen, die Einrede gutzuheißen oder abzuweisen. Wenn die Einrede begründet ist, muß er die Überweisung anordnen²². Einzubringen sind die Einreden der Rechtshängigkeit und der Konnexität mangels besonderer Bestimmung zusammen mit den übrigen Einreden (ausgenommen die Kompetenzeinrede per ragione dell'oggetto) gemäß Art. 77, und zwar in limine litis.

Das Prozeßgesetz vom 7. Juni 1843 behält, allerdings unter einem unwesentlich abgeänderten Wortlaut, in Art. 58 die gleiche Regelung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs bei.

Kritisch müssen wir zu dieser Darstellung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs nur erwähnen, daß der Grundsatz, daß das ersterhobene Verfahren auf Kosten des zweiten durchgeführt werden soll, uns verbesserungsbedürftig scheint, indem die bei der Freiburger Prozeßordnung getroffene Regelung uns triftiger dünkt²³.

Eine durchgreifende Revision erfuhr das Tessiner Prozeßrecht durch die Kodifikation vom 5. Mai 1899. Art. 1 bestimmt, daß die Zuständigkeit eines Gerichtes durch den Streitgegenstand, durch den Ort (d.h. Wohnort der Parteien oder Ort der gelegenen Sache) und (oder) durch die Konnexität mehrerer Prozesse, soweit sie gleichzeitig vor verschiedenen Gerichten hängig sind, begründet wird. Damit erscheint die Konnexität als eigentlich kompetenzbegründendes Element²⁴. Im besonderen bestimmt dann Art. 25:

«L'azione contro più persone che per domicilio o residenza dovrebbero essere convenute davanti a diverse autorità giudiziarie, può essere proposta davanti quella del luogo di domicilio o di residenza di alcuna di esse, se vi sia connessione per l'oggetto della domanda o per il titolo o fatto da cui dipende.»

²² Art. 217: Se precedentemente è stata fatta ad un altro giudice una domanda per lo stesso oggetto, o se la causa contesta è connessa ad una causa già pendente avanti ad un altro giudice, la remissione a questo giudice può essere domandata ed il giudice la deve ordinare.

²³ Vgl. oben S. 141.

²⁴ Die Bestimmung lautet: Art. 1: La competenza è determinata per materia o valore, per territorio e per connessione di causa.

Art. 26 bestimmt dann im weiteren, daß der Richter, der die Hauptsache zu beurteilen hat, auch über die Widerklage, über die azione in garanzia und über den kompensationsweise eingebrachten Anspruch zu entscheiden hat, soweit Konnexität zwischen den Streitgegenständen vorliegt (in Verbindung mit Art. 87).

Den eigentlichen Gerichtsstand bringt dann aber Art. 31, im Zusammenhang mit dem Prinzip der Rechtshängigkeit:

«Quando una stessa causa è stata introdotta davanti due autorità giudiziarie die eguale giurisdizione, o quando le contestazioni sia connessa ad una causa già pendente davanti un'altra autorità giudiziaria, diventa competente quella sola davanti cui fu preventivamente portata. Questa decide anzitutto la questione di connessione o di identità. L'intimazione della petizione determina la prevenzione.

§ 1 Se però le cause connesse o dipendenti fra loro si trovassero introdotte avanti un giudice inferiore ed uno superiore, quest'ultimo è il solo competente.»

Materiell stellt dieser Artikel keine Neuerung dar gegenüber den vorangehenden Tessiner Prozeßordnungen. Die Formulierung läßt eindeutig die Parallelität zwischen Rechtshängigkeit und Gerichtsstand des Sachzusammenhangs erkennen. Daß aber darüber hinaus auch dem Gericht, das die konnexen Sachen übernimmt, eine zusätzliche Kompetenz erwachsen kann, was ja bei der Identität der Streitgegenstände nicht der Fall sein kann²⁵, ist für die Tessiner ZPO auf Grund des Art. 1 zu schließen. Der Begriff der Konnexität hat nun insofern eine Präzisierung erfahren, als in Art. 25 die Konnexität ausdrücklich durch die Ansprüche oder durch die tatsächlichen oder rechtlichen Klagegründe bestimmt wird. Hier haben wir eine kritische Bemerkung anzubringen, indem uns der Ausdruck *oggetto*, der doch nur den materiellen Anspruch bedeuten kann, unbefriedigend scheint, und indem wir den juristischen qualifizierten Klagegrund nicht als maßgebend für die Konnexität der Streitgegenstände erachten²⁶. Im weiteren müssen wir auch hier den Grundatz der Prävention, der sowohl für zwei identische als auch für konnexe Sachen gelten soll, ablehnen.

²⁵ Vgl. darüber oben S. 77.

²⁶ oben S. 18.

Das Prozeßgesetz vom 24. Juni 1924 hat die angeführten Bestimmungen wörtlich beibehalten²⁷. Die Geltendmachung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs erfolgt im Tessiner Prozeßrecht gleich wie die Einrede der Rechtshängigkeit mittels einer dilatorischen Einrede, die alle gleichzeitig und vor der Klagebeantwortung eingebracht werden müssen (Art. 55 der ZPO 1924). Die Einrede der Rechtshängigkeit kann aber, wenn ihr Entstehungsgrund später eintritt, auch noch dann eingebracht werden. Analog dürfen wir dies auch auf die Einrede der konnexen Prozesse anwenden (Art. 56).

II. Die deutschschweizerischen Kantone

Die meisten deutschschweizerischen Prozeßgesetze erwähnen die Konnexität nicht im Zusammenhang mit der Verhütung widersprechender Urteile²⁸. Allerdings finden wir häufig die Bestimmung, daß der Richter der Hauptsache auch über die Nebensache zu urteilen habe, manchmal wird dafür gar das nicht zutreffende Marginale «Gerichtsstand des Sachzusammenhangs» verwendet²⁹. Wir hatten schon oben S. 121 f. Gelegenheit, dieser Auffassung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs entgegenzutreten.

1. Im Entwurf zu einem Prozeßgesetz des Kantons Aargau vom 26. Februar 1899 finden wir in Art. 138 die Möglichkeit der Aussetzung der Verhandlungen, ins Ermessen des Richters gestellt, wenn die Entscheidung des Rechtsstreites vom Ausgang eines anderswo hängigen Rechtsstreites abhängig ist. Diese Aussetzung soll sowohl im Verhältnis der Straf- wie der Verwaltungs- und ebenso der Zivilgerichte gelten. Die Formulierung dieser Bestimmung hat deutlich die Vermeidung widersprechender Urteile im Sinne. Sie vermag aber nicht zu befriedigen, weil einerseits die Prozeßökonomie durch die dann doch doppelt zu führenden Prozesse und andererseits die Interessen der Parteien an einer sofortigen Verhandlung ihrer Begehren nicht genügend berücksichtigt werden, wie wir im ersten Teil unserer

²⁷ Art. 1, 27 und 32.

²⁸ So die Kantone Baselstadt, Baselland, Appenzell Außer-Rhoden, Appenzell Inner-Rhoden, Graubünden, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Zug und Zürich.

²⁹ Z. B. die Zivilprozeßordnung von Appenzell Inner-Rhoden, Art. 32, *Lutz*, Zivilprozeßrechtspflege-Gesetz für den Kanton St. Gallen, S. 50, spricht ebenfalls vom Gerichtsstand des Sachzusammenhangs in dieser Frage. Gleich Sträuli-Hauser, Gesetze über die zürcherische Rechtspflege, Bd. 2, S. 48.

Arbeit ausgeführt haben. Das Gesetz spricht sich nicht darüber aus, ob der Richter von Amtes wegen die Aussetzung der Verhandlungen anberaumen kann oder erst auf Verlangen der Parteien hin. Letzteres ist aber doch wohl anzunehmen, besonders deshalb, weil die Aargauer ZPO die Berücksichtigung von Prozeßvoraussetzungen, die doch in erster Linie von Amtes wegen zu erfolgen hätte, im allgemeinen den Parteien überläßt³⁰.

Das Gesetz vom 12. März 1900 behielt diese Bestimmung im Art. 120 bei.

2. Einen eigentlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs finden wir aber im Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen des Kantons Bern vom 26. März 1821. Die 12. Satzung heißt im Wortlaut:

«Rechtssachen, die unter sich in Verbindung stehen, sollen nicht getrennt, sondern bey dem Gerichte behandelt werden, wo die Hauptsache hingehört, oder wenn sie von gleichem Belange sind, bey demjenigen, wo die eine derselben bereits rechtshängig ist»³¹.

Wir finden hier keine Definition der Konnexität; die sehr weite Formel «unter sich in Verbindung stehen» erinnert an die Auseinandersetzungen des gemeinen Rechts. Es wird wohl anzunehmen sein, daß der Richter darüber bestimmen soll, wann diese Verbindung, die die Zusammenlegung der Prozesse gestattet, vorliegt³². Die Geltendmachung der mehreren konnexen Prozesse muß in die Hand der Parteien gegeben sein, da die Berner ZPO von 1821, dem gemeinen Recht stark nachgebildet, ein Eingreifen des Richters von Amtes wegen sozusagen nicht kennt.

Unter den drei, den Parteien zur Verfügung stehenden Verteidigungsmitteln der fristlichen Einwendungen, der uneinläßlichen Ant-

³⁰ Keller und Pfisterer: Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, S. 170 f.

Gerichtsurteile zu dieser Bestimmung sind weder bei Keller-Pfisterer noch bei Zimmerlin, Aargauisches Zivilprozeßrecht, zitiert. In den amtlichen Entscheidungssammlungen werden ebenfalls keine aufgeführt.

³¹ Schnell, Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen, mit erläuternden Anmerkungen, anerkennt, S. 21, diesen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs ausdrücklich auch für jene Fälle, in denen die mehreren Sachen von gleichem Belang sind.

³² Es wurde etwa die Klage auf Schadenersatz aus einem Vindikationsstreit und die Vindikationsklage selbst als konnex betrachtet. Vgl. Pillichody, Bernischer Zivilprozeß. Theorie und Praxis der Gerichte, S. 58.

worten und der einläßlichen Antworten, die in dieser Reihenfolge zu erheben sind, ist wohl die fristliche Einwendung für die Konnexität gegeben, da die uneinläßlichen Antworten abschließend aufgezählt sind, die einläßlichen Antworten aber den materiellen Gehalt der Klage betreffen³³. Die fristlichen Einreden werden einzeln und in der Form der Zwischengesuche erhoben (153. Satzung). Die Einrede der Rechtshängigkeit wird nicht erwähnt.

Unter leichter Änderung des Wortlautes behielten sowohl das Prozeßgesetz vom 31. Juli 1847 als auch das Gesetz betreffend Vereinfachung und Abkürzung des Zivilprozeßverfahrens vom 3. Juni 1883 im § 16 die bisher geltende Gerichtsstandsbestimmung der Konnexität bei. Da indessen die praktische Bedeutung offenbar gering war, so daß Pillichody³⁴ nur drei Gerichtsentscheide anführt und den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs sonst nicht erwähnt, verschwand er aus der neuen ZPO vom 7. Juli 1918 vollständig. In seinem Kommentar über den bernischen Zivilprozeß führt Leuch den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs lediglich unter der Bestimmung, daß der Richter der Hauptsache auch über die Nebensachen zu urteilen kompetent sei, an³⁵.

Die Rechtshängigkeit hat sich im bernischen Zivilprozeßrecht nach längerer Entwicklung zur negativen Prozeßvoraussetzung durchgesetzt, die der Richter von Amtes wegen zu überprüfen hat (Art. 190 in Verbindung mit Art. 160).

3. Eine recht summarische, alleinstehende Regel kannte das Prozeßgesetz des Kantons Thurgau vom 3. April 1843. Unter den verzögerlichen Einreden zählt es nämlich eine auf, die das Marginale «Ablehnung des Gerichtsstandes» trägt, wonach der Beklagte die Einrede einbringen kann, daß vorerst ein anderer Prozeß zu erledigen sei³⁶.

In der Allgemeinheit des Wortlautes dieser Bestimmung kann nicht ohne weiteres entschieden werden, ob damit ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs gemeint sei in jener von uns postulierten Weise,

³³ Moser, Motive zum Entwurf einer ZPO 1878, zitiert bei Schurter-Fritzsche, a.a.O. Bd. 2, 1. Teil, S. 327.

³⁴ Pillichody, a.a.O. S. 58 f.

³⁵ Leuch, Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, S. 37.

³⁶ Art. 128: Ablehnung des Gerichtsstandes, lit. k: «Prioritätsfragen, nämlich, ob nicht vorerst ein anderer Prozeß zu erledigen sei.»

oder ob nur die Einrede der Rechtshängigkeit damit ausgedrückt sein soll.

Aus der Formulierung «Ablehnung eines Gerichtsstandes» geht zum mindesten hervor, daß es sich nicht um die Aussetzung der Verhandlungen handeln kann. Das Verfahren ist gänzlich abzuweisen, wenn die Einrede begründet ist.

Wir dürfen wohl schließen, daß die Erfordernisse, die an den Zusammenhang der mehreren Prozesse gestellt werden, von denen der letztangehobene zu Gunsten des ersten zurücktreten soll, nicht nur die der Identität der Streitgegenstände waren. Sowohl identische als auch bloß konnexe Streitgegenstände können wohl bewirken, daß eine Ablehnung des Gerichtsstandes eintritt. Das würde bedeuten, daß diese Bestimmung der thurgauischen ZPO sowohl die Einrede der Rechtshängigkeit als auch die der Konnexität meinte. Praktisch blieb diese Bestimmung bedeutungslos, die ZPO vom 1. Mai 1867 ließ sie fallen^{37, 38}.

4. Ein besonders deutliches Beispiel des Nachwirkens gemeinrechtlicher Einflüsse bietet der Gerichtsstand der Einheit des Klagegrundes, den der § 19 der alten Schwyzer ZPO vom 14. April 1848 erwähnt³⁹. Es handelt sich nach moderner Auffassung um streitgenössische Geltendmachung konnexer Ansprüche gegen mehrere Beklagte, wobei das für alle Klagen zuständige Gericht auf Grund amtlicher Anweisung bestimmt wird⁴⁰. Wir erkennen aber unzweideutig darin den im gemeinen Recht erörterten Gerichtsstand *continentiae ex causarum identitate* wieder⁴¹. Ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs kann darin nicht erblickt werden.

5. Eine Gruppe von vier Kantonen weist sehr ähnliche Bestimmungen hinsichtlich des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs auf. In der Schaffhauser Prozeßordnung vom 25. Juni 1869 nennt der § 108 einen «Gerichtsstand der Prävention»: «Wenn beide Parteien klagend auftreten konnten und es vor verschiedenen zuständigen Gerichten getan haben, so hat dasjenige den Vorzug, das zuerst eine Ladung erließ.»

³⁷ Ebenso das Gesetz vom 29. April 1928.

³⁸ Die Judikatur zählt keinen Gerichtsentscheid zu dieser Bestimmung auf.

³⁹ Diese Bestimmung kennt auch der Zürcher Prozeß, ZPO § 4.

⁴⁰ Vgl. *Guldener*. Das schweizerische Zivilprozeßrecht, Bd. 1, S. 75.

⁴¹ Vgl. oben S. 127, Anm. 17.

Das neue Prozeßgesetz des Kantons Schwyz vom 7. Februar 1890 übernimmt diese Bestimmung in Art. 9 sozusagen wörtlich⁴², allerdings unter dem Marginale «Priorität bei mehreren zuständigen Gerichten»; von Schwyz geht die Vorschrift in etwas modernisiertem Wortlaut ins neue Prozeßgesetz des Kantons Uri vom 28. März 1928⁴³, und schließlich hat auch die neueste Zivilprozeßordnung des Kantons St. Gallen vom 7. Februar 1939 die gleiche Regelung in Art. 94 verankert⁴⁴.

«Wenn beide Parteien klagend auftreten konnten . . .», dies weist auf den Zusammenhang der mehreren Prozesse hin, die bei mehreren zuständigen Gerichten anhängig gemacht wurden. Wie dieser Zusammenhang nun aber beschaffen sein muß, wird nicht ausdrücklich gesagt. Wir könnten daran denken, daß auch identische Prozesse, die unter Vertauschung der Parteirollen vor mehreren zuständigen Gerichten hängig sind, darunter fallen. Daß diese Vorschrift aber nicht diesen Fall der wegen Rechtshängigkeit zu verbietenden Mehrheit von Prozessen im Auge hat, ergibt sich einmal aus der ungewöhnlichen Formulierung, die ja dann das Prinzip der Rechtshängigkeit nicht im gewöhnlichen Falle, in dem die gleiche Partei zweimal dasselbe Begehren vor verschiedene Gerichte bringt, durchgreifen läßt, sondern in dem besonderen Falle nur, in dem die Parteien beide klagen, und die Streitgegenstände identisch sind, (wenn auch unter Vertauschung der Parteirollen). Zudem wird in der Urner ZPO die Einrede der Rechtshängigkeit ausdrücklich noch besonders unter den Wirkungen der Rechtshängigkeit genannt (§ 124 lit. b); dies gilt ebenso für die St. Galler ZPO (Art. 281 Ziff. 4), wobei Lutz in seinem Kommentar⁴⁵ die Einrede der Rechtshängigkeit nach allgemeiner Gerichtspraxis des St. Galler Prozeßrechts unter die von Amtes wegen zu berücksichtigenden Prozeßvoraussetzungen zählt.

Wir dürfen deshalb annehmen, daß unter der Verbindung, in der die mehreren Prozesse stehen müssen, die Konnexität zu verstehen

⁴² «Wenn beide Parteien klagend auftreten konnten und es vor verschiedenen zuständigen Gerichten getan haben, so hat dasjenige Gericht den Vorzug, welches zuerst eine Vorladung erließ.»

⁴³ § 31, Abs. 3: «Priorität. Haben beide Parteien vor verschiedenen zuständigen Gerichten geklagt, so hat dasjenige den Vorzug, bei dem die Klage zuerst hängig war.

⁴⁴ St. Gallen kannte eine gleiche Bestimmung schon im Gesetz vom 31. Mai 1900 in Art. 53.

⁴⁵ N. 1 zu Art. 281.

ist, in dem Sinne, wie wir sie in dieser Arbeit umschrieben haben. Einen umfassenden Gerichtsstand des Sachzusammenhangs stellt allerdings keine der erwähnten vier Bestimmungen dar. «Wenn beide Parteien klagend auftreten konnten . . .», dies setzt die Identität der Parteien voraus; d. h. die mehreren konnexen Prozesse müssen unter den gleichen Personen als gleiche Parteien (nicht in der gleichen Parteirolle) geführt werden. Im weiteren ist aber auch die Zuständigkeit der beiden Gerichte für beide konnexen Sachen verlangt und vorausgesetzt. Im eigentlichem Sinne des Wortes handelt es sich demnach nicht um einen Zuständigkeit erteilenden Gerichtsstand; es ist die Zusammenlegung von Prozessen, die, vom Gesichtspunkt der Zuständigkeit aus, an jedem der beiden Gerichte geführt werden können⁴⁶. Die Bestimmung stellt lediglich fest, welches der beiden zuständigen Gerichte die konnexen Prozesse verhandeln soll. Daß dabei auf dasjenige Gericht abgestellt wird, das zuerst befaßt war, entspricht dem herrschenden, von uns nicht in vollem Umfange geteilten Grundsatz der Prävention⁴⁷.

6. Die Geltendmachung des Zusammenlegens konnexer Prozesse könnte in Schaffhausen an sich wohl von Amtes wegen erfolgen, weist doch der § 169 den Richter an, für ein schnelles und richtiges Verfahren zu sorgen, wobei ihm besonders zukommt, auf die Zuständigkeit, die Legitimation der Parteien, gehörige Einleitung des Prozesses und Zulässigkeit der Prozeßart zu achten. Eine eigentliche Einrede des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs wird nicht erwähnt.

7. Im Schwyzer Prozeßrecht vom 3. Dezember 1915, das die Bestimmung über den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs unter leichter Änderung des Wortlautes beibehalten hat (§ 39 Abs. 2), muß in Analogie zur Rechtshängigkeitseinrede, die in § 205 festgelegt ist, eine Einrede des Sachzusammenhangs angenommen werden, die nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden kann, wie dies auch für die Einrede der Rechtshängigkeit gilt⁴⁸. Sie sind demnach prozeßhindernde Einreden, verzögerliche Vorbegehren genannt, die mit der schriftlichen Klagebeantwortung einzureichen sind.

⁴⁶ Vgl. oben S. 77 und 82.

⁴⁷ Vgl. oben S. 83.

⁴⁸ Kälin, Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernisse im schwyzerischen Zivilprozeßrecht, S. 122.

8. Die Urner ZPO läßt die Einreden bis zum Schluß der Parteiverhandlungen zu (§ 37), und zwar wird in dieser Beziehung nicht unterschieden zwischen den verschiedenen Arten der Einreden. Einrede des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs und der Rechtshängigkeit werden nicht besonders erwähnt. Da aber der Richter nur über die Zuständigkeit des Gerichtes von Amtes wegen entscheidet, wie sich nach dem *argumentum e contrario* aus § 3 ergibt, müssen wir sie für den Urner Zivilprozeß als blosse Einreden der Parteien annehmen.

9. Für das St. Galler Prozeßrecht ist anzunehmen, daß der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs durch eine prozeßhindernde Einrede gemäß Art. 281 – der auch die Einrede der Rechtshängigkeit anführt –, geltend zu machen ist⁴⁹. Prozeßhindernde Einreden sind mit der Hauptsache (insbesondere mit der Antwort des Beklagten auf die Klage) zu verbinden, sie können aber mit Einverständnis der Parteien auch gesondert behandelt werden. Lutz tritt in seinem Kommentar für die Subsumierung der Rechtshängigkeitseinrede unter die von Amtes wegen zu berücksichtigenden Prozeßvoraussetzungen ein, wie dies der modernen Auffassung entspricht⁵⁰.

10. Abschließend müssen wir der besonderen Bestimmung der St. Galler ZPO Art. 95 Erwähnung tun, einer Bestimmung, die sich schon in der Zürcher ZPO vom 13. April 1913 findet⁵¹. Es ist eine *lex specialis* zu dem eben erwähnten Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, wie ihn Schaffhausen, Schwyz, Uri und St. Gallen kennen, indem im Falle der Vaterschaftsklage, bei der Mutter und Kind auf Grund von Art. 312 ZGB an verschiedenen Gerichten gegen den außerehelichen Vater klagen können, – wobei doch die eingeklagten Ansprüche konnex sind⁵² –, dasjenige Gericht, das einen der konnexen Prozesse zuerst begonnen hat, auch für das andere Verfahren ausschließlich zuständig wird, indem ein Zusammenschluß der beiden Prozesse erfolgen soll.

⁴⁹ Die amtliche Sammlung der Entscheide des Kantonsgerichts führt keinen Entscheid an.

⁵⁰ N. 4 zu Art. 281.

⁵¹ § 13 Abs. 3.

⁵² vgl. darüber unten S. 158 f.

4. Kapitel

Prozeßrechtliche Vorschriften des Bundes

I. Das Verfahren vor Bundesgericht

Da das Bundesgericht als Zivilgerichtshof nicht mit einer anderen richterlichen Gewalt, die gleichen Grades und gleicher Zuständigkeit ist, in Kompetenzkonflikt geraten kann, wäre es nicht erstaunlich, wenn sich die Bundeszivilprozeßordnung der Frage der widersprechenden Urteile nicht besonders angenommen hätte. Es überrascht uns deshalb, in der neuesten Bundeszivilprozeßordnung vom 4. Dezember 1947 nicht nur die Rechtshängigkeitswirkung als eine von Amtes wegen beachtliche Prozeßvoraussetzung im negativen Sinne zu finden¹, eine Lösung, die für die schweizerischen Prozeßgesetze geradezu als Vorbild dienen könnte, sondern auch eine Erwähnung des Einflusses eines gleichzeitig hängigen konnexen Prozesses anzutreffen. Art. 6 Abs. 1 spricht zwar nur von der Aussetzung des Verfahrens vor Bundesgericht², sobald und solange das Urteil durch die Erledigung eines anderen Rechtsstreites beeinflusst sein kann. Ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs ist also damit nicht gegeben. Indessen käme er auch gar nicht in Frage für alle diejenigen Prozeßmehrheiten, in denen der eine Prozeß an einem kantonalen Gericht, das andere Verfahren aber vor Bundesgericht hängig ist. Weder ist es denkbar, daß das kantonale Gericht das Verfahren vor Bundesgericht übernimmt, noch wäre es angängig, den ganzen Prozeß an das Bundesgericht zu verweisen und damit den Parteien eine Instanz für die bloß konnexe Sache zu entziehen. Die Aussetzung scheint hier also durchaus das Gegebene. Sind nun aber die mehreren Prozesse gleichzeitig vor Bundesgericht hängig, so bedarf es nicht eines Gerichtsstandes, um die Sachen in einem Prozeß zu vereinigen. Das Bundesgericht ist ja für jede der konnexen Sachen bereits zuständig, die Vereinigung der konnexen Sachen würde keine neue Kompetenz bringen³. – Diese Vereinigung ist nun möglich für konnexe Sachen

¹ Art. 22 in Verbindung mit Art. 3.

² «Der Richter kann aus Gründen der Zweckmäßigkeit das Verfahren aussetzen, insbesondere wenn das Urteil von der Entscheidung in einem andern Rechtsstreit beeinflusst werden kann.»

³ Die Aussetzung des Verfahrens ist aber für die kantonalen Prozeßrechte, die ja immer für eine Mehrheit von Gerichten Geltung haben, nur beschränkt zweckmäßig. Vgl. oben S. 85 f.

sowohl unter den gleichen Parteien auf Grund der objektiven⁹ Klagehäufung (Art. 24 Abs. 1) und der Widerklage, als auch unter verschiedenen Parteien auf Grund der notwendigen und der einfachen Streitgenossenschaft, wie sie in Art. 24 Abs. 2 lit. a und b in weitem Umfange gestattet werden. Wenn aber die Parteien ihre mehreren konnexen Ansprüche nicht in dieser Weise vor Bundesgericht verbinden wollen, dann ist dem Richter eben die Möglichkeit gegeben, die Verhandlungen in einem der konnexen Prozesse auszusetzen, bis daß der andere entschieden ist. Wir müssen indessen hier bemerken, daß es unseres Erachtens konsequenter wäre, nicht den Parteien die Wahl zu überlassen, ob sie die konnexen Sachen in einem Verfahren gemeinsam oder in mehreren Prozessen getrennt zur Entscheidung stellen wollen, sondern sie zu zwingen, alle ihre konnexen Rechtsbehauptungen in einem Verfahren zusammenzuschließen. Statt der Aussetzung der Verhandlungen als subsidiäre Maßnahme zur Vermeidung von Doppelprozessen sollte ein Zusammenschluß der konnexen Verfahren in einem Prozesse angeordnet werden können, wie er sich auf Grund des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs ergibt, allerdings nicht im Sinne einer Kompetenzerweiterung – das Bundesgericht als einziges Gericht ist an und für sich schon kompetent für alle die konnexen Rechtsbehauptungen, da wir ja nur die Mehrheit von Prozessen vor Bundesgericht im Auge haben – sondern als eine Ordnungsregel innerhalb des Bundesgerichts selbst, indem der befahzte Richter alle zugleich beim Bundesgericht anhängigen konnexen Sachen zu beurteilen hätte. Diese Lösung drängt sich um so eher auf, als der Bundeszivilprozeß für die Aussetzung des Verfahrens in erster Linie nur Zweckmäßigkeitsgründe anführt, wie der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 ausdrücklich aussagt⁴.

II. Bundesrechtliche Vorschriften über das Verfahren vor kantonalen Gerichten

Wenn auch die Gesetzgebung über das Prozeßrecht gemäß Art. 64 der Bundesverfassung Sache der Kantone ist, so hat doch der Bund verschiedentlich zur einheitlichen Durchsetzung seiner Privatrechts-

⁴ Vgl. oben S. 153, Anm. 2.

ordnung in allen Kantonen selbst prozeßrechtliche Vorschriften aufgestellt⁵. So finden wir im Zivilgesetzbuch zwei Bestimmungen, die für uns von Interesse sind. Art. 144 ZGB bestimmt als Gerichtsstand der Ehescheidungs- und Trennungsklage nicht den gewöhnlichen, ordentlichen Gerichtsstand am Wohnort des Beklagten, sondern einen besonderen ausschließlichen Gerichtsstand am Wohnort der klagenden Partei. Da nun in der Regel der Wohnsitz der Ehefrau sich nach dem Wohnsitz des Ehegatten bestimmt (ZGB Art. 25), ist dieser Gerichtsstand für beide Ehegatten zumeist der gleiche: der Wohnsitz des Ehemannes. Doch ist auch der Fall denkbar, daß die Ehefrau auf Grund von Art. 170 ZGB berechtigt ist, vom Ehemann getrennt zu wohnen, wobei ihr gemäß Art. 25 Abs. 2 ZGB ein eigener Wohnsitz zuerkannt wird. Es kann dann eintreffen, daß zu gleicher Zeit zwei verschiedene Gerichte, dasjenige am Wohnsitz des Ehemannes und dasjenige am Wohnsitz der Ehefrau, mit einer Scheidungsklage befaßt werden.

Art. 312 ZGB gibt für die Vaterschaftsklage zwei elektive Gerichtsstände: sie kann am Wohnsitz der klagenden Partei zur Zeit der Geburt oder am Wohnort des vermutlichen Vaters, des Beklagten, angehoben werden. Fällt nun der Wohnsitz der klageberechtigten Mutter nicht mit demjenigen des klageberechtigten Kindes zusammen, oder klagt die eine Partei an ihrem Wohnsitz, die andere aber am Wohnort des außerehelichen Vaters, so sind zwei Prozesse an verschiedenen Orten über die Vaterschaftsklage möglich.

In beiden diesen Fällen ist das Interesse der Rechtspflege an der Vermeidung der Doppelprozesses evident. Das besonders intensive öffentliche Interesse an den familienrechtlichen Verhältnissen, die der Privatwillkür entzogen sind und nach Ansicht von Burckhardt⁶ geradezu öffentliches Recht darstellen, gebietet schlechthin die Vermeidung zweier widersprechender Urteile über die Scheidung einer Ehe oder über die Feststellung einer außerehelichen Vaterschaft. Da nun aber das ZGB dieses Problem nicht erschöpfend gelöst hat, wohl weil dem Gesetzgeber diese besonderen Fälle nicht geläufig waren⁷, blieb es der Rechtssprechung anheim, die Grundsätze zur

⁵ Vgl. darüber Kommentar Burckhardt, S. 589 f.; 591.

⁶ Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 38, 89.

⁷ Vgl. *Stauffer*, Der Ehegerichtsstand der Schweiz, S. 19 ff.

Verhütung mehrerer Scheidungs- und Vaterschaftsklagen aufzustellen. Sowohl die kantonalen Gerichte als auch anfänglich das Bundesgericht gingen dabei vom Grundsatz der Rechtshängigkeit aus, was wenigstens die Scheidungsklage anbetrifft. Es wurde somit Identität der beiden Scheidungsbegehren angenommen⁸. Dies aber konnte auf die Dauer nicht befriedigen. Das Bundesgericht entwickelte sowohl für das Scheidungsverfahren als auch für die Vaterschaftsklage einige Grundsätze, die schließlich zur Anerkennung eines Gerichtsstandes des Sachzusammenhanges führten:

A) Der Scheidungsgerichtsstand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

In einem ersten Entscheid, BGE 42 I 145 ff., vermag das Bundesgericht noch der Stellungnahme zu den mehreren Gerichtsständen im Scheidungsverfahren auszuweichen, indem es die Wohnsitznahme der getrennt lebenden Ehefrau verneint. Zum ersten Male wird dann aber die Identität der Scheidungsbegehren in Zweifel gezogen in BGE 46 I 463 f, indem auf die besondere Lage hingewiesen wird, in der ein Begehren auf Trennung von Tisch und Bett zu einer gleichzeitig eingebrachten Scheidungsklage des anderen Ehegatten an einem anderen Gericht steht. Hier ist offensichtlich die Identität nicht gegeben, deshalb (so zieht das Urteil den folgerichtigen Schluß), kann die Einrede der Rechtshängigkeit nicht durchgreifen. Daß aber dennoch nicht die Scheidungsklage getrennt von der Klage auf Trennung der Ehe beurteilt werden kann, weil ja widersprechende Urteile möglich sind, sowohl, wenn beiden Begehren stattgegeben wird, als auch wenn die Scheidungsklage gutgeheißen, die Trennungsklage aber abgewiesen wird, scheint einleuchtend. Im internationalen Verhältnis läßt das Urteil BGE 56 II 340 die Einrede der mehreren zugleich hängigen Scheidungsklagen, deren eine im Ausland erhoben wurde, nicht durchgreifen, weil keine Gewähr dafür bestehe, daß der ausländische Richter sich im umgekehrten Falle ebenfalls unzuständig erklären würde. Noch im Jahre 1938 (BGE 64 II 177) erklärt das Bundesgericht, daß es eine Wirkung der Rechtshängigkeit sei, nach Anhebung einer Scheidungsklage jede andere Scheidungsklage zu verhindern. Präzisierend wird ein wenig später, in BGE 64 II 182 f. nicht mehr

⁸ Vgl. etwa BGE 64 II 177.

von der Wirkung der Rechtshängigkeit gesprochen. Der später klagende Ehegatte wird an das Gericht des erstklagenden verwiesen, weil «der eine Gerichtsstand wegen des unlösbaren Sachzusammenhanges der beidseitigen Scheidungsbegehren entfällt, wenn und solange der andere Gerichtsstand durch eine Klage des anderen Ehegatten wirksam in Anspruch genommen ist.» Die Einrede gegen den doppelten Gerichtsstand ist «nicht als bloße Einrede der Rechtshängigkeit, wie wenn dem Kläger ein von ihm bereits anderswo hängig gemachtes Scheidungsbegehren vorgehalten würde» zu charakterisieren. Damit hat das Bundesgericht eindeutig den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs für die Scheidungsbegehren beider Ehegatten anerkannt, wie es denn auch ausdrücklich festhält: «Erweist sich also die Bestimmung des Art. 144 ZGB auf Grund des materiellen Scheidungsrechts selbst als unzulänglich, so ist der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, der . . . in die Lücke zu treten hat, gleichfalls ein bundesrechtlicher. . . » Etwas später tritt allerdings das Bundesgericht in einem neuen Urteil diesen Auffassungen wieder entgegen, indem es in BGE 65 II 178 zwischen einer Scheidungsklage und einer Trennungsklage Identität annimmt. Doch wird dann der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs in 72 II 323 f. bestätigt, der dazu berufen sei, den positiven Kompetenzkonflikt zu vermeiden, der sich ergeben kann, wenn beide Ehegatten eigenen Wohnsitz haben und beide die Scheidungsklage führen. In diesem wie auch in den anderen Entscheiden der kantonalen Gerichte und des Bundesgerichtes, wird – und dies gilt auch für die Rechtshängigkeitseinrede – der Grundsatz der Prävention (auch Grundsatz der Priorität genannt) immer wieder betont. Nur das zweite Verfahren kann abgewiesen werden zugunsten des ersten. Gerade in diesem letztangeführten Entscheid zeigen sich nun aber deutlich die Mängel, die diesem Grundsatz anhaften, weil nämlich für den Zeitpunkt der Prävention der Eintritt der Rechtshängigkeit maßgebend sein muß, der nun aber in den schweizerischen Prozeßrechten ganz verschieden ist. Bei der Scheidungsklage insbesondere bestimmen einige Kantone, daß ein Aussöhnungsversuch der Klage vorangehen muß, dem eine Wartefrist folgt, die zum Beispiel § 254 Abs. 2 der Zürcher ZPO auf acht Wochen nach dem ersten Sühnversuch ansetzt⁹. Durch diese Unterschiede in der Festlegung des Beginns der Rechtshängigkeit ist nun oft dem einen Ehegatten Gelegenheit

⁹ Nach dieser Frist kann die Klage beim Gericht hängig gemacht werden.

geboten, den anderen mit seiner Scheidungsklage an seinen Gerichtsstand zu ziehen, obwohl dieser andere den ersten Schritt zur Scheidung unternommen haben mag, falls nur die beiden Ehegatten in Kantonen wohnen, die verschiedene Zeitpunkte für den Beginn der Rechtshängigkeit kennen. Das Bundesgericht erklärt in BGE 72 II 325 dazu:

«Der Grundsatz der Priorität der Anrufung des Richters bei konkurrierenden Gerichtsständen führt in vielen Fällen zu einem bedauerlichen Wettlauf zwischen den Scheidungsparteien.»

Diese klare Anerkennung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs drang in einem späteren Entscheid (BGE 74 II 70) nicht in ganzem Umfange durch. Es wurde hier das Verbot, gleichzeitig eine Scheidungsklage und eine Trennungsklage zwischen den beiden Ehegatten durchzuführen, als ein Sonderfall der Rechtshängigkeit bezeichnet. Die Unklarheit zeigt sich insbesondere dort, wo zwar die Unterscheidung einer Scheidungsklage von einer Trennungsklage eingestanden wird, doch wieder gesagt wird, es sei «in gewissem Sinne Identität der Streitsachen gegeben, da der Bestand einer und derselben Ehe im Streite liegt». Von uns aus gesehen handelt es sich durchaus um die Konnexität, die als solche allerdings die Identität gewisser Elemente des Streitgegenstandes in sich schließt, aber doch immer zum Gerichtsstand des Sachzusammenhangs führt, der nicht unter dem Rechtshängigkeitsprinzip begriffen werden kann.

B) Der Gerichtsstand der Vaterschaftsklage in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

In BGE 44 I 64 wird zunächst die Frage aufgeworfen, ob nicht für die Klage der Mutter und diejenige des Kindes gegen den außerehelichen Vater ein einziger, gemeinsamer Gerichtsstand gegeben sei. Beantwortet wird diese Frage hier noch nicht. Doch schon in BGE 50 I 395 wird dann des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs als ausschließlicher Gerichtsstand der Klagen der Mutter und des Kindes Erwähnung getan. Ausgangspunkt dafür war die Feststellung, daß der Wohnsitz des Kindes zur Zeit der Geburt nicht immer mit demjenigen der Mutter identisch sei, da der Wohnsitz des außerehelichen Kindes durch den Sitz der Vormundschaftsbehörde bestimmt werde, die sich mit dem Kinde befaßt. Wenn nun Mutter und Kind getrennten Wohnsitz haben und getrennt Klage bei zwei verschiedenen Gerichten erheben, so stehen die Klagen im Verhältnis der

Konnexität zueinander, da ihre Rechtsbehauptungen verschieden, ihre tatsächliche Klagebegründung aber – die außereheliche Schwangerschaft – identisch sind. Deshalb nimmt das Bundesgericht in diesem Entscheid in Lückenausfüllung des Zivilgesetzbuches, das diesen Konflikt ungelöst läßt, einen ausschließlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs von Bundesrechts wegen an, denn die «Führung zweier Prozesse bei verschiedenen Gerichten widerspricht nicht nur dem Grundsatz der Prozeßökonomie, sondern birgt auch die Gefahr widersprechender Urteile in sich». Wir können diesen Schlußfolgerungen zustimmen. In der Folge hat dann das Bundesgericht – und zwar die zivilrechtliche Abteilung – die hier nicht zu erörternde Frage nach dem Wohnsitz des außerehelichen Kindes zur Zeit der Geburt entgegen dem eben erwähnten Entscheid der staatsrechtlichen Kammer dahin beantwortet, daß der Wohnsitz des außerehelichen Kindes zur Zeit der Geburt derjenige seiner Mutter sei¹⁰. Wenig später hat die staatsrechtliche Kammer diesem Entscheid zugestimmt¹¹. Dadurch war in den zu entscheidenden Fällen die Mehrheit der Gerichtsstände und somit auch das Problem der mehreren konnexen Klagen beseitigt. Indessen bleibt dadurch das Problem nicht gelöst, da Art. 312 ZBG der klagenden Partei die Wahl zwischen ihrem eigenen Wohnsitz und demjenigen des mutmaßlichen Vaters gibt, so daß bei verschiedenen Klagen von Mutter und Kind doch zwei Prozesse möglich sind, die der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs in dem von uns vertretenen Sinne zu vereinigen berufen ist.

Diesen Gerichtsstand erwähnen die Kantone St. Gallen und Zürich ausdrücklich in ihren Prozeßgesetzen. Doch ist anzunehmen, daß er von Bundesrechts wegen auch in den übrigen Kantonen und im interkantonalen Verhältnis gilt.

¹⁰ BGE 56 II 7.

¹¹ BGE 56 I 146; später wurde diese Auffassung bestätigt in BGE 61 II 146 und 67 II 82.

Schlußfolgerungen für das schweizerische Prozeßrecht

I. Wir können wohl feststellen, daß es dem schweizerischen Prozeßrecht an einer zusammenhängenden und auch nur einigermaßen erschöpfenden Darstellung des Problemkreises der widersprechenden Urteile gebricht. Insbesondere stehen auch die Fragen offen, in welchem Umfang der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs anzuerkennen sei, soweit er überhaupt grundsätzlich Eingang in unsere Prozeßrechte gefunden hat. Wenn aus der dargestellten Praxis des Bundesgerichts hervorging, daß vor allem die Abgrenzung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs vom Prinzip der Rechtshängigkeit nicht sicher gelang, so haben wir in unserer Arbeit besonders versucht, diese Abgrenzung vorzunehmen, indem wir den Grundlagen des Rechtshängigkeitsprinzips nachgingen und den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs zu fundieren versuchten. Wir sind uns aber wohl bewußt, daß die hier aufgezeigten Zusammenhänge und Unterschiede nur postulatsweise Geltung haben können. Auch die Wissenschaft hat sich in der Schweiz nur in spärlichen, beiläufigen Ausführungen geäußert, denen hier noch kurz das Augenmerk geschenkt sein soll. Schauwecker¹ kritisiert etwa die im schweizerischen Prozeßrecht fast allgemein geübte Anwendung des Rechtshängigkeitsprinzips in Fällen, die nicht identische Streitgegenstände aufweisen: «Die noch so enge Konnexität zweier Klagen und die damit verbundene Möglichkeit widersprechender Urteile genügt nicht, um die Einrede der Rechtshängigkeit zu begründen.» Allerdings mißt Schauwecker die Identität der Streitgegenstände am Umfang der zu erwartenden Rechtskraft, wie er etwa an folgendem Beispiel anführt: Im ersten Prozeß klagt der Kläger auf Nichtigkeit des Vertrags, im zweiten Prozeß der Beklagte (Vertauschung der Parteirollen) auf Erfüllung des Vertrags. Wenn nun das erste Urteil die Nichtigkeit bejaht, so steht dem zweiten Prozeß die Rechtskraft dieses Urteils entgegen. Wird die Nichtigkeit aber verneint, dann kann auch der zweite Prozeß durchgeführt werden. Sind nun die beiden Prozesse zugleich hängig, so kann nicht schon zu Beginn abgeschätzt werden, wie die Nichtigkeit beurteilt wird, es ist also noch ungewiß, ob die Rechtskraft des ersten Urteils den zweiten Prozeß hindern würde oder nicht. Und diese Ungewißheit, so folgert Schauwecker, muß bewirken, daß die Rechtshängigkeitseinrede nicht durchgreifen kann. Uns scheint diese Überlegung nicht

¹ Schauwecker, Die Einrede der Litispendenz, S. 25 f.

stichhaltig. Es ist nicht Voraussetzung des Rechtshängigkeitsprinzips, daß das eine Urteil sicher dem andern entgegenstehen wird, die Möglichkeit widersprechender Urteile, die hier ja gegeben ist, genügt schon. Allerdings ist zu betonen, daß auch unserer Auffassung nach die Einrede der Rechtshängigkeit im angeführten Beispiel nicht durchgreift, und zwar, weil die Identität der Streitgegenstände nicht vorliegt. Zwar stehen die Rechtsbehauptungen im Verhältnis der Teilidentität, die Nichtigkeit des Vertrages ist negativ auch in der Erfüllungsklage enthalten, allein da die angeführten Klagegründe zumeist verschieden sein werden – die Nichtigkeit stützt sich etwa auf Urteilsunfähigkeit, die Erfüllungsklage auf den Vertragsschluß – ist hier bloß Konnexität gegeben, die nur zur Begründung eines Zusammenschlusses der beiden Prozesse auf Grund des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs führen kann². Schauwecker nimmt bei konnexen Prozessen lediglich die Aussetzung der Verhandlungen als gegeben an, wobei nicht der Grundsatz der Priorität gelte, sondern die präjudizielle Rechtsstreitigkeit auszusetzen sei³.

II. Im Interkantonalen Verhältnis kann ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs nur im Rahmen von Art. 59 BV Geltung haben. Davon ausgenommen sind einmal die Gerichtsstandbestimmungen des ZGB, insbesondere also für unser Problem die Art. 144 und 312, da, wie Burckhardt⁴ ausführt, das ZGB als *lex specialis* zur Bundesverfassung zu gelten hat, soweit es Bestimmungen über den Gerichtsstand aufstellt. Daß aber für rein persönliche Ansprüche sonst der Art. 59 BV dem Gerichtsstand eine Schranke setzt, sofern es sich um mehrere Gerichte in verschiedenen Kantonen handelt, geht schon daraus hervor, daß das Bundesgericht auch für die einfache Streitgenossenschaft die Schutzbestimmung des Art. 59 zur Anwendung brachte⁵ und erst vor einigen Jahren für die notwendige Streitgenossenschaft Art. 59 als nicht anwendbar erklärte⁶.

Im internationalen Verhältnis vermöchte der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs gute Dienste zu leisten in allen jenen Fällen, in denen die Rechtshängigkeitseinrede nicht durchgreifen kann, weil

² Vgl. dazu insbesondere *Guldener*, Internationales Zivilprozeßrecht, S. 150 f.

³ a.a.O. S. 25.

⁴ Kommentar S. 540.

⁵ BGE 53 I 49.

⁶ BGE 68 I 8

die Identität der Streitgegenstände nicht vorliegt. In Anbetracht der Verschiedenartigkeit der zur Anwendung kommenden mehreren Rechtsordnungen werden diese Fälle besonders häufig sein. Da jedoch selbst eine identische Klage im Auslande von den einheimischen Gerichten nur beachtet zu werden pflegt, wenn Gewähr dafür besteht, daß das Ausland sich im umgekehrten Falle ebenfalls als unzuständig erklären würde⁷, kommt der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs im internationalen Verhältnis wohl nur zur Anwendung, wenn er durch Gerichtsstandsvertrag ausdrücklich vereinbart wird⁸.

III. Eine weitere Verbreitung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs in den schweizerischen Prozeßgesetzen würde unseres Erachtens sehr fruchtbringend sein. Nicht nur, daß im Rahmen eines konsequenten Systems der Verhütung widersprechender Urteile, – durch die Prinzipien der Rechtskraft und der Rechtshängigkeit und durch den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs – darauf gar nicht verzichtet werden kann. Vielmehr drängen auch schon prozeßökonomische Gründe zur Zusammenlegung der mehreren konnexen Prozesse, wie ja auch prozeßökonomische Überlegungen zur Begründung der einfachen Streitgenossenschaft führten. Dabei kann ein Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, der als ausschließlicher besonderer Gerichtsstand zu gelten hat⁹, sogar die einfache Streitgenossenschaft insoweit ersetzen, als letztere für den Zusammenschluß der mehreren Klagen die gleichen Bedingungen an die Konnexität stellt. Allerdings besteht auch darüber hinaus, für jene Fälle, die in entfernterer Verwandtschaft stehen, also nicht die Identität der Rechtsbehauptung oder der Klagegründe zur Voraussetzung haben, ein Bedürfnis für die einfache Streitgenossenschaft, das allerdings nun rein prozeßökonomisch begründet ist, da bei dieser weiten Konnexität keinerlei widersprechende Urteile mehr zu befürchten sind. Es rechtfertigt sich dann, daß die einfache Streitgenossenschaft nicht obligatorisch ist und daß der Richter jederzeit die Trennung der Klagen anordnen kann.

⁷ vgl. BGE 56 II 340.

⁸ Wie dies zum Beispiel im belgisch französischen Gerichtsstandsvertrag geschah, vgl. oben S. 103 Anm. 36.

⁹ Einen ausschließlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs fordert schon *Guldener*, Das schweizerische Zivilprozeßrecht, S. 207, Anm. 55, vgl. auch *Guldener*, Die Beiladung, insbesondere im Bundeszivilprozeß, S. 42.

In Anlehnung an den Art. 25 des Freiburger Prozeßrechtes, der unseres Erachtens die zutreffendste Regelung des Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs im schweizerischen Prozeßrecht darstellt, würden wir etwa folgende Formulierung eines Gerichtsstandes des Sachzusammenhangs vorschlagen:

Rechtsstreitigkeiten, die gleiche Rechtsbehauptungen oder gleiche tatsächliche Klagegründe aufweisen, müssen gemeinschaftlich bei jenem Gerichtsstand verhandelt und entschieden werden, vor welchen die Hauptsache gehört, oder, falls sie von gleichem Belang sind, bei demjenigen, dessen Verfahren weiter fortgeschritten ist.

Sind indessen die Verhandlungen an einem der Gerichte soweit fortgeschritten, daß eine Zusammenlegung der konnexen Rechtsstreitigkeiten untunlich erscheint, dann soll das weniger fortgeschrittene Verfahren bis zur Erledigung des andern Rechtsstreites ausgesetzt werden.

Die Einrede des gleichzeitig bei einem andern Gericht hängigen konnexen Prozesses (Einrede der Konnexität) ist dabei je nach dem Einredesystem der betreffenden Prozeßordnung verschieden auszugestalten.

Lebenslauf

Als Sohn protestantischer Eltern wurde ich am 28. Oktober 1927 in Davos geboren. Nach wenigen Jahren siedelten meine Eltern nach Zürich über. Hier durchlief ich die sechs Jahre Primarschule, um im Frühjahr 1940 in das kantonale Gymnasium in Zürich einzutreten. Im Herbst 1946 erlangte ich die Matura Typus B. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, an der ich ohne Unterbruch während 11 Semestern studierte. Am 20. Dezember 1952 bestand ich die letzten mündlichen Prüfungen des Doktorexamens.

Johannes Ernst Domenig

